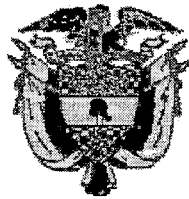


REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE

**SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL S.A. - OPAIN S.A.**

Contra

INVERSIONES F L LTDA

Bogotá D.C., 28 de mayo de 2019

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., martes veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAIN S.A.**, de una parte, (en adelante OPAIN o la Demandante), e **INVERSIONES F L LTDA**, de la otra, (en adelante INVERSIONES o la Demandada), previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO¹

La **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.** e **INVERSIONES F L LTDA**, suscribieron el contrato de arrendamiento N° **OP-DC-CA T1- 0042-13** del 26 de julio de 2013 (en adelante El Contrato), cuyo objeto de conformidad con la cláusula 3.01, en concordancia con las cláusulas 4.01 y 4.02 y el anexo 4, consistió en la entrega por parte de OPAIN a INVERSIONES en la fecha del Acta de Inicio de la Explotación Comercial, la tenencia del local 34, ubicado en el Nuevo Edificio Terminal T1-T2 Adosada Nivel 0.0. hall público, para que INVERSIONES le de la destinación a la que hace referencia la cláusula 4.02.

¹ Folios 1 a 36 del Cuaderno de Pruebas No.1.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la cláusula 12.06 del contrato de arrendamiento N° OP-DC-CA T1- 0042-13² del 26 de julio de 2013, las partes acordaron:

“12.06. Tribunal de Arbitramento: Todas las disputas que surjan entre las Partes en relación con el presente Contrato respecto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del presente Contrato (distinta de los relacionados con el cobro ejecutivo de la Contraprestación, las cláusulas penales y compensaciones a las que se refiere el presente Contrato, las cuales serán dirimidas por la justicia ordinaria) serán resueltas de manera definitiva por un tribunal de arbitramento constituido y gobernado conforme a las siguientes reglas:

12.06.1. La sede de arbitramento será la ciudad de Bogotá D.C.;

12.06.2. El tribunal de arbitramento estará integrado por 3 árbitros colombianos que sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. El tribunal fallará en derecho aplicando las leyes de la República de Colombia;

12.06.3. La Parte convocante, previamente a la presentación de la solicitud de convocatoria al tribunal de arbitramento, requerirá por escrito a la Parte convocada para que en el término de 20 días calendario designen de común acuerdo los árbitros. Si por cualquier razón las Partes no llegaren a un acuerdo sobre la designación de los árbitros en dentro de dicho plazo, éstas manifiestan que delegan expresamente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. dicha designación que deberá realizarse de la

² Folios 25 y 26 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

lista A y deberá corresponder a árbitros que hubieren laudado previamente en asuntos de derecho comercial general y en contratos de arrendamiento; y

12.06.4. El tribunal de arbitramento será institucional y se regirá por el Reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

3. PARTES PROCESALES

3.1. PARTE DEMANDANTE

SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A., sociedad constituida mediante escritura pública No. 0002335 de la Notaria 25 de Bogotá D.C., del 1 de septiembre de 2006, y registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 01077530 del Libro IX, con matrícula No. 01633083 del 8 de septiembre de 2006 y con Nit. 900105860-4, representada legalmente por **DIANA PATRICIA BERNAL PINZÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía 52.834.481, en su calidad de segunda suplente del gerente, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.³

3.2. PARTE DEMANDADA

INVERSIONES F L LTDA sociedad constituida mediante escritura pública No. 0000280 de la Notaria 51 de Bogotá D.C., del 4 de febrero de 2002, y registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el número 00815419 del Libro IX, con matrícula No. 01159079 del 19 de febrero de 2002 y con Nit. 830098579-4, representada legalmente por **PABLO ANDRÉS MORA MORENO** identificado

³ Folios 18 a 21 del Cuaderno Principal No. 1.

con la cédula de ciudadanía 80.180.446, en su calidad de gerente, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente⁴.

4. ETAPA INICIAL

4.1 El veintisiete (27) de julio de dos mil dieciocho (2018), la parte demandante presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.⁵

4.2 Mediante designación de mutuo acuerdo⁶, las partes designaron como árbitros principales del presente trámite arbitral a los doctores Juan Pablo Cárdenas, Laura Marcela Rueda Ordoñez y Jorge Eduardo Narváez y como suplentes numéricos a los doctores Gonzalo Méndez Morales y María del Pilar Galvis. La doctora Laura Marcela Rueda Ordoñez, aceptó oportunamente y surtió el deber de información. El doctor Juan Pablo Cárdenas mediante comunicación⁷ puso de presente que no aceptó dentro del término previsto y manifestó en todo caso si las partes aún consideraban su nombre para integrar el tribunal, acompañaba su escrito con el formulario de aceptación. Respecto de lo cual los apoderados de las partes ratificaron la designación del doctor Juan Pablo Cárdenas. El doctor Jorge Eduardo Narváez, no se pronunció a cerca de su designación. Comunicada la aceptación al doctor Gonzalo Méndez Morales, aceptó oportunamente y se surtió el deber de información.

4.3 El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Se designó como secretaria a la doctora MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ, quien hace parte de la lista de secretarios del

⁴ Folios 22 a 26 del Cuaderno Principal No. 1.

⁵ Folios 1 a 16 del Cuaderno Principal No.1.

⁶ Folio 62 del Cuaderno Principal No.1.

⁷ Folio 88 del Cuaderno Principal No.1.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y quien tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal y surtió el deber de información. Así mismo, en esta providencia, se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la calle 76 número 11 – 52 de la ciudad de Bogotá, se reconoció personería a los apoderados de la parte demandante y de la parte demandada respectivamente, se admitió la demanda arbitral presentada por la demandante y en la misma fecha se notificó personalmente al apoderado de la parte demandada, el auto admisorio de la demanda y se le hizo entrega del traslado de la misma⁸.

4.4 El cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), la parte demandada contestó en tiempo la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó pruebas⁹.

4.5 Mediante Auto de diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se ordenó correr traslado a la parte demandante de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio propuestos en la contestación de la demanda presentada por INVERSIONES F L LTDA, por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en el artículo 21 de la ley 1563 de 2012 y en el artículo 206 del Código General del Proceso; y se fijó el día catorce (14) de enero de dos mil diecinueve (2019) a las once de la mañana (11:00 a.m.) para realizar la próxima audiencia del Tribunal.

4.6 El día trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), el apoderado de la parte demandante a través de medios electrónicos presentó recurso de reposición contra el auto de diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), notificado el once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018); el

⁸ Folio 138 del Cuaderno Principal No.1.

⁹ Folios 140 a 185 del Cuaderno Principal No.1.

día dieciocho (18) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), por secretaría se fijó en lista el traslado del recurso de reposición a la parte demandada y el día veintiuno (21) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), el apoderado de la parte demandada describió el traslado del recurso. El once (11) de enero de dos mil diecinueve (2019), el Tribunal mediante auto de la misma fecha, denegó el recurso de reposición interpuesto y en consecuencia resolvió dejar en firme el auto de diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

4.7 El veintiuno (21) de enero de dos mil diecinueve (2019), el apoderado de la parte demandante describió el traslado de las excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, propuestas en la contestación de la demanda¹⁰.

4.8 El veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019), en los términos del artículo 2.38 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia por medio de la cual el Tribunal procedió a fijar las sumas por concepto de honorarios de los árbitros y de la secretaria, así como el monto correspondiente a gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación y otros gastos, a cargo de las partes y se fijó la fecha para la realización de la Primera Audiencia de Trámite. En la respectiva oportunidad procesal, la parte demandante realizó el pago de la totalidad de los honorarios decretados por el Tribunal.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la demandante, en síntesis son las siguientes:

¹⁰ Folios 229 a 308 del Cuaderno Principal No.1.

Se refirió a la celebración del contrato de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0042-13 del 26 de julio 2013, estableciendo sus características, el bien, área, ubicación, duración inicial, incrementos, condiciones del pago, destinación y valor del canon mensual para el 2018; y a la existencia del Contrato de Concesión No. 6000169 OK *“para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”* (en adelante El Contrato de Concesión), celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y OPAIN, en el que el Estado Colombiano tendrá derecho al 46.16% de los Ingresos Brutos de OPAIN y dentro de estos, se encuentran los cánones de arrendamiento que INVERSIONES paga a OPAIN por concepto de El Contrato.

Señaló que en El Contrato se pactó la obligación de restitución por el mero vencimiento del plazo, según consta en la cláusula 11 *“restitución de las áreas arrendadas”* y en la cláusula 3.02 *“Plazo”*, la cual se tornó ilegal en razón a las jurisprudencias que sobre el punto se profirieron con posterioridad.

Manifestó que el bien arrendado es de naturaleza pública, *“concretamente bien público de naturaleza fiscal y hace parte de “El Aeropuerto Internacional El Dorado””*¹¹ por lo que no es viable aplicar *“ni la prórroga automática”, “ni la tácita reconducción del contrato de arrendamiento,”* contemplado en el Artículo 2014 del Código de Civil¹²; *“ni la prórroga automática”, ni “el derecho de renovación del contrato de arrendamiento,”* contemplado en el Artículo 518 del Código de

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P.: Hernán Andrade Rincón. Rad. 25000232600020010147701(29851). Bogotá D.C., 29 de octubre de 2014; CONSEJO DE ESTADO. Sala De Consulta y Servicio Civil. C.P.: Susana Montes De Echeverri. Bogotá D. C., diciembre cinco (5) de dos mil dos (2002). Rad: 1469.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad: 25000232600020010147701 (29851), Bogotá D.C., octubre 29 de 2014; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sub. A, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 27875. Bogotá D.C., Sentencia del 29 de mayo de 2013; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 32815. Bogotá D.C., 30 de octubre de 2013; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sub. A, C.P.: Alir Eduardo Hernández. Exp. 25096. Bogotá D.C., Sentencia del noviembre 30 de 2006.

Comercio¹³, por lo que INVERSIONES no tiene derecho a la prórroga automática, ni a la tácita reconducción, ni a la renovación automática de ese arrendamiento, por lo que procede la restitución inmediata del bien arrendado por parte de la demandada.

Estableció que en atención a la posición sentada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la inaplicabilidad de la prórroga automática a los contratos de arrendamiento sobre bienes fiscales, la cual solo fue conocida por OPAIN con posterioridad a la suscripción de El Contrato, lo pactado en la CLÁUSULA “3.02. PLAZO”, acerca de que este se prorrogaría automáticamente, adolece de nulidad absoluta sobreviniente por objeto ilícito¹⁴.

Adicionalmente indicó que OPAIN, en comunicación del 21 de mayo de 2014, propuso a INVERSIONES nuevos términos para la renovación de El Contrato, en atención al vencimiento del plazo; y a través de comunicación remitida por la misma razón, da aviso de desahucio a la demandada, el cual sería efectivo a partir del 3 de enero de 2015, debiendo proceder en consecuencia a la restitución del local 34. Y que a pesar de lo anterior, no fue restituido el inmueble por parte de INVERSIONES quien mediante comunicación radicada el 22 de julio de 2014, manifestó su oposición frente al desahucio efectuado por OPAIN por considerar que se opone a lo dispuesto en El Contrato y la ley.

OPAIN por medio de comunicación del 1 de julio de 2017 propuso condiciones a INVERSIONES para la suscripción de un nuevo contrato, en atención a que el

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad: 25000232600020010147701 (29851), Bogotá D.C., octubre 29 de 2014; CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad: 11001-03-26-000-2015-00173-00 (55954), Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2016; TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. OPAIN S.A. Vs. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL (AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. Árbitros: Martha Cediél Peña, William Barrera Muñoz y Alejandro Venegas Franco. Bogotá D.C. 24 de agosto de 2015.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. D-10609. Bogotá D.C., sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015;

plazo vencería próximamente, indicándole que en caso de no estar interesado en el trámite, se entenderá terminado el contrato desde el 24 de octubre de 2017 debiendo restituir el inmueble, en cinco (5) días contados a partir de dicho vencimiento. Respecto de lo cual la demandada, en comunicación del 6 de julio de 2017, se opone a la terminación de El Contrato y a la restitución del bien, por considerar que tiene derecho a la prórroga automática.

2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

Las pretensiones contenidas en la demanda son las siguientes:

“ PRETENSIÓN PRINCIPAL (1°): Se **declare terminado** el contrato de arrendamiento **OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013** celebrado entre **INVERSIONES F L LTDA** en calidad de ARRENDATARIO y la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAIN S.A. en calidad de ARRENDADORA, sobre el inmueble denominado **Local 34** ubicado en el Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada Nivel 0.00, Hall Público del “Aeropuerto Internacional El Dorado” de la ciudad de Bogotá D.C.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (2°): Se declare que la terminación del contrato de arrendamiento **OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013** obedece a las siguientes **causales**:

- a) Al vencimiento del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.
- b) Al incumplimiento de otras obligaciones contractuales o legales por parte de la ARRENDATARIA **INVERSIONES F L LTDA** que se prueben durante el transcurso del proceso.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (3°): Se declare la **nulidad absoluta** sobreviniente del aparte de la **CLÁUSULA “3.02. PLAZO”** del contrato

OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, que dispone que “El Contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio” por adolecer de objeto ilícito, en razón a las jurisprudencias que sobre el tema profirieron los jueces de la República.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (4°): Que como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado **INVERSIONES F L LTDA** a **la restitución** del bien arrendado bajo el contrato de arrendamiento **OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013**, esto es, el **Local 34** ubicado en el Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada Nivel 0.00, Hall Público del “Aeropuerto Internacional El Dorado” de la ciudad de Bogotá D.C., así como los inmuebles por accesión, adhesión, construcciones, edificaciones y mejoras que en él se encuentre.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (5°): Que de conformidad con lo dispuesto en el **Artículo 384 numeral 7 del Código General del Proceso**, se sirva ordenar la diligencia para el **secuestro previo** de los bienes de propiedad de **INVERSIONES F L LTDA** que se encuentren en el predio cuya restitución se solicita. Respetuosamente solicito al Tribunal, se sirva fijar la caución y fecha para la diligencia.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (6°): Que **no se escuche** al demandado **INVERSIONES F L LTDA** durante el transcurso del proceso, mientras no consignen el valor de los cánones pactados por el arrendamiento del bien objeto de ésta demanda.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (7°): Se ordene la práctica de la **diligencia de entrega** del inmueble arrendado a favor de **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAÍN S.A.** de conformidad con el **Artículo 308 del Código General del Proceso**.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (8°): *Se condene a los demandados a pagar al demandante por concepto de honorarios de abogado y gastos de defensa, una suma equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) de las pretensiones de esta convocatoria.*

PRETENSIÓN PRINCIPAL (9°): *Se condene al demandado a pagar al demandante por concepto de costas del proceso y agencias en derecho, así como al pago de los costos y gastos del Tribunal, que se determinen en el presente caso”.*

3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA

En el escrito presentado el cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se dio contestación a la demanda parte de INVERSIONES, señalando como ciertos los hechos quinto, octavo, noveno, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo primero; parcialmente ciertos, el primero, décimo sexto, décimo séptimo, vigésimo; no ciertos, el sexto, séptimo, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto y manifestando que no son hechos, el segundo, tercero, cuarto, décimo, décimo primero y el décimo quinto.

Se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda y propuso las siguientes excepciones:

“ EXCEPCIONES FRENTE A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA CELEBRAR UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO.

1. Fue y ha sido en todo momento la voluntad de las partes celebrar un contrato de arrendamiento regido por las normas del derecho privado con la expresa manifestación de la prórroga automática.

EXCEPCIONES FRENTE AL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO DE TODAS LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LEGALES POR PARTE DE LA CONVOCADA. PACTO DE UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA.

2. *La convocada ha cumplido con todas las obligaciones legales y contractuales.*
3. *Excepción de condición suspensiva.*
4. *Inexistencia de la obligación de restituir el bien inmueble objeto del contrato de arrendamiento por encontrarse actualmente vigente.*

EXCEPCIONES FRENTE AL COMPORTAMIENTO DE OPAIN ANTES Y DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

5. *Venire contra factum proprium non valet. Es inadmisibles actuar contra los actos propios.*
6. *El contrato celebrado entre Opain y la convocada están válidamente celebrados y son vinculantes.*
7. *Violación al debido proceso y al derecho de defensa.*
8. *Mala fe, temeridad y abuso del derecho por parte de Opain.*

EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORIA DE LOS PRECEDENTES

9. *Los precedentes jurisprudenciales planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual.*

EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORIA QUE LA CLÁUSULA DE PRORROGA AUTOMÁTICA ES UNA CLÁUSULA ILEGAL POR CONTRARIAR UN PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

10. *La posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la no aplicación de la prórroga automática de los contratos estatales de arrendamiento es*

anterior a la firma del contrato que nos ocupa en este Tribunal y por tanto no es de recibo la afirmación de Opain de que estamos frente a una cláusula ilegalidad y que la misma sea sobreviniente.

11. Rigurosidad en el análisis del precedente jurisprudencial frente a dejar sin efectos normas imperativas de orden público.

EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORIA DE QUE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL OPERAN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y NO EN EL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE PARTICULARES

12. El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, el deber de planeación de hacienda pública, de gestión de los bienes del estado y del servicio público, se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y Opain y no en el contrato de arrendamiento entre Opain y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión.

EXCEPCION GENÉRICA”

**III. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y
ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019) se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

2. ETAPA PROBATORIA

La etapa probatoria se desarrolló así:

a. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos enunciados en (i) la demanda; (ii) el escrito mediante el cual el demandante describió el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio; y (iii) la contestación de la demanda arbitral.

Adicionalmente se incorporó al expediente el documento que fue entregado por el apoderado de la demandada en el interrogatorio de parte de la señora Diana Bernal.

b. Testimonios, interrogatorios y declaraciones de parte

En audiencias celebradas entre el primero (1º) de marzo y el veintiséis 26 de marzo de dos mil diecinueve (2019), se recibieron los testimonios, interrogatorios y declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación:

- El primero (1º) de marzo de 2019 dos mil diecinueve (2019), se recibió el testimonio del señor CARLOS FERNANDO DUARTE ESTRADA.
- El veintiséis 26 de marzo de dos mil diecinueve (2019), se recibieron el interrogatorio y declaración de parte de la representante legal de OPAIN, señora DIANA PATRICIA BERNAL PINZÓN y del representante legal de INVERSIONES, señor PABLO ANDRÉS MORA MORENO.

El primero (1º) de marzo de 2019 dos mil diecinueve (2019), el Tribunal aceptó el desistimiento manifestado por el apoderado de la parte demandante del testimonio de SHIRLEY ORREGO.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Habiéndose practicado todas las pruebas decretadas en forma oportuna, en audiencia de diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), las partes alegaron de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.¹⁵

IV. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las partes no pactaron nada distinto, al tenor de lo indicado en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, el término de duración del proceso es de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que debe proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 que establece que al término del proceso *“se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”*.

En virtud de lo anterior, el cómputo se inició cuando finalizó la primera audiencia de trámite, es decir, el diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019), por lo cual el plazo previsto en la ley habría vencido el (19) de agosto de dos mil diecinueve (2019). Sin embargo, a dicho término, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud de las partes:

¹⁵ Folios 377 a 415 y folios 416 a 473 del Cuaderno Principal No. 1.

| Acta | Fecha de suspensión | Días Hábiles |
|----------------------------|---|--------------|
| Acta No. 7 - Auto 01.03.19 | 2 de marzo a 25 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive) | 15 |
| Acta No. 8 - Auto 26.03.19 | 27 de marzo a 9 de abril de 2019 (ambas fechas inclusive) | 9 |
| Acta No. 9 - Auto 10.04.19 | 11 de abril a 27 de mayo de 2019 (ambas fechas inclusive) | 30 |
| | Total | 54 |

Total días hábiles en que el proceso estuvo suspendido: cincuenta y cuatro (54).

En consecuencia, al sumarle los cincuenta y cuatro (54) días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido, el término vence el cinco (5) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, la relación procesal existente en el presente caso se ha ajustado a los preceptos normativos pertinentes y a lo largo del desenvolvimiento de este trámite arbitral, no se vislumbra la estructuración de defecto alguno que de lugar a alguna causal que deje sin efecto todo lo actuado o que impida decidir de fondo. En este sentido, los presupuestos procesales sobre demanda en forma, competencia y capacidad de las partes se encuentran plenamente cumplidos, razón por la cual se analizará y resolverá el fondo del asunto.

1. LA CONTROVERSIA A RESOLVER

De las pretensiones planteadas en la demanda y de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de esta, el Tribunal deduce que la controversia plantea los siguientes problemas jurídicos sustanciales:

¿Pactar la cláusula de prórroga automática dentro de un contrato de arrendamiento de un bien fiscal celebrado entre privados, constituye objeto ilícito que conlleve a la declaratoria de la nulidad absoluta de dicha cláusula?

¿Se ha configurado alguna de las causales legales o contractuales que dé lugar a declarar la terminación del contrato de arrendamiento de local comercial celebrado entre las partes?

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, el Tribunal en primer lugar analizará el tipo de contrato celebrado, la naturaleza del bien objeto del mismo, el régimen jurídico aplicable a dicha relación y las obligaciones de las partes.

2.1. El Contrato

El contrato que da base a la presente controversia es el arrendamiento del local comercial No. 34 ubicado en el nuevo edificio *“terminal T1 + T2 adosada nivel 0.00 hall público”* del Aeropuerto Internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá, con un área de 8.40 mt².¹⁶

Dentro de las pruebas aportadas con el escrito de demanda, se encuentra el contrato y anexos debidamente suscritos por OPAIN en calidad de arrendador e INVERSIONES en su condición de arrendataria. De tales documentos se encuentra probado que la fecha de suscripción del mismo, fue el día 26 de julio

¹⁶ Hecho primero de la demanda, aceptado en estos aspectos por la Demandada en su contestación.

de 2013¹⁷ y que el acta de inicio de la explotación comercial se suscribió el día 25 de octubre de 2013¹⁸.

De acuerdo con la cláusula 4.01 del contrato y el anexo 4 de este¹⁹, se acredita que los linderos del referido inmueble son: *"NORTE: 4.58 m contra local comercial. SUR: 4.58 m contra local comercial. OCCIDENTE: 1.88m contra hall de reclamo de equipaje. ORIENTE: 1.88 contra hall público"*.

Adicionalmente, está demostrado que el Contrato tiene una destinación especial y exclusiva, pues en la cláusula 4.02 se estipuló lo siguiente: *"El inmueble será destinado por el ARRENDATARIO, única y exclusivamente para alquiler de vehículos automotores de transporte terrestre privado por días, semanas, meses, con o sin conductor; servicio de transporte privado terrestre nacional, como de pasajeros privados, turistas ejecutivos y personal empresarial. Se expresa que la Destinación únicamente radicaré sobre servicio privado y se excluye cualquier servicio público, y no podrá dársele otro destino sin la autorización previa y escrita de OPAÍN. EL ARRENDATARIO se obliga a que la denominación del establecimiento de comercio en el inmueble sea FLASH RENT A CAR (...)."*

De los certificados de existencia y representación que obran en el expediente, tal como se dejó consignado en los antecedentes de esta providencia, se encuentra acreditado que las partes suscriptoras del contrato de arrendamiento son sociedades comerciales de derecho privado.

Finalmente cabe mencionar que la existencia del contrato y su naturaleza no son materia de controversia en el presente proceso, pues las partes en sus escritos e intervenciones han aceptado pacíficamente estos aspectos.

¹⁷ Folio 27 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁸ Folio 29 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁹ Folios 8 y 32 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Pruebas de la Demanda.

2.2. Naturaleza del bien objeto del Contrato

Se encuentra probado que el local objeto del contrato de arrendamiento que da base a la presente acción, hace parte del área concesionada a favor de OPAIN por parte de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (AEROCIVIL) hoy por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)²⁰, en virtud del contrato de Concesión No. 6000169 OK de fecha 12 de septiembre de 2006²¹ que fue aportado dentro de las pruebas documentales de la demanda.

Al respecto señala el Contrato lo siguiente:

*“2.0.1.3 El inmueble, el cual **OPAIN** entrega en tenencia al **ARRENDATARIO**, forma parte del Área Concesionada.*

*2.0.1.4 De acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, **OPAIN** está facultado para explotar comercialmente el Aeropuerto a partir de la celebración de contratos o negocios jurídicos que puedan generar cualquier tipo de contraprestación, incluyendo entre otros, el presente Contrato.*

*2.0.1.5. Bajo la observancia de las disposiciones del Código de Comercio y el Apéndice F del Contrato de Concesión, **OPAIN** ofreció al **ARRENDATARIO** un espacio comercial en la Terminal 1 de Pasajeros/ Nueva Terminal Fase II, con una cantidad de área*

²⁰Se aclara que hoy el contrato de Concesión está vigente entre la ANI y OPAIN, toda vez que en virtud del Decreto ley 4164 del 3 de noviembre de 2011, quedaron en cabeza de la AEROCIVIL solo las funciones relativas al ejercicio de la actividad aeronáutica, aeroportuaria y de la aviación civil y las funciones relacionadas con la estructuración, celebración y gestión contractual de los contratos de concesión y de cualquier otro tipo de asociación público – privada de los aeródromos, se asignaron al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) y posteriormente en virtud del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2012, se cambió la naturaleza jurídica del INCO y los derechos y obligaciones que tenía dicha entidad quedaron a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI).

²¹ Folios 45 al 179 del Cuaderno de Pruebas No. 1

*equivalente a la que tenía mediante el contrato de arrendamiento No. BO-AR-061-05. Por lo tanto, **OPAIN S.A.** reconoce, acepta y respeta los derechos de antigüedad del **ARRENDATARIO** en virtud de dicho contrato de arrendamiento”.*

Por su parte, el artículo 674 del Código Civil, define los bienes fiscales así:

"ARTICULO 674. <BIENES PUBLICOS Y DE USO PUBLICO>. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”. (se subraya)

En virtud de la norma anterior, en general, los bienes de la Nación pueden ser de uso público propiamente dicho y estar al servicio de toda la comunidad, o pueden no estar destinados al uso y goce de los habitantes, y en tal caso son bienes fiscales.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de desarrollar la clasificación de los bienes públicos, así por ejemplo, en sentencia de la Corte Constitucional C-183 de 2003²², dicha Corporación dijo lo siguiente:

²² Sentencia C-183/2003 Corte constitucional de 4 de marzo de 2003. MP Alfredo Beltrán Sierra. Demanda de Inconstitucionalidad del art. 6 Num 3 de la ley 768 de 2002.

“3.1. La Constitución Política y la ley, reconocen dos clases de dominio sobre los bienes: el dominio privado y el dominio público.

El primero de ellos, esto es, el dominio privado puede ser: individual como lo establece el artículo 58 superior, en el cual se garantiza la propiedad privada, la cual concibe con una función social que implica obligaciones, “y los demás derechos adquiridos” conforme a las leyes civiles, que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores ; y, la colectiva, a la que hacen referencia los artículos 329 y 55 transitorio de la Carta, con las limitaciones que establecen los artículos citados en relación con su posibilidad de enajenación. Así, el artículo 329 superior, dispone que “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”, y el artículo 55 transitorio ídem, se ocupa de los bienes baldíos de las zonas rurales ribereñas de las Cuencas del Pacífico, y dispone que la propiedad reconocida sobre ellos a las comunidades negras “sólo será enajenable en los términos que señale la ley”. Este dominio privado, se encuentra regulado por el régimen jurídico que rige las relaciones entre particulares.

El dominio público, por el contrario, y sin entrar en las diferentes tesis que origina la formulación de un criterio para determinar lo que es el dominio público, asunto que ha sido esbozado en varias sentencias proferidas por esta Corporación (1), lo constituye “el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad” (2). En esta categoría se encuentran los bienes fiscales, definidos en el artículo 674 del Código Civil como “Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión, o bienes fiscales”, denominados también bienes

patrimoniales del Estado o de las entidades territoriales sobre los cuales se tiene una propiedad ordinaria sometida a las normas generales del derecho común (3).

Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas. Dentro de esta clase de bienes, también se encuentra lo que se denomina bienes fiscales adjudicables, que son aquellos que la Nación puede traspasar a los particulares que cumplan con las exigencias establecidas en la ley, como es el caso de los bienes baldíos.

Ahora, los bienes de uso público propiamente dicho, que pueden ser por naturaleza o por el destino jurídico (4), se caracterizan por pertenecer al Estado o a otros entes estatales, estar destinados al uso común de todos los habitantes, y por encontrarse fuera del comercio, ser imprescriptibles e inembargables. Están definidos en la ley como aquellos que "su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio" (art. 674 C.C.).²³

En la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, de fecha 29 de octubre de 2014, que fue aportada al proceso dentro de las pruebas de la demanda, además de citar la anterior providencia, se refiere a los bienes fiscales así:

²³ Citas originales de la sentencia: (1) T-508/92, T-566/92, T-292/93, T-081/93, T-150/95, T-617/95, entre otras. (2) T-150/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero (3) Cfr. José J. Gómez- Bienes Primera Parte. Corte Suprema de Justicia Sent. 26 de septiembre de 1940. (4) CSJ Sent. 26 de septiembre de 1940.

“Por otra parte, es importante puntualizar que sin necesidad de acudir a las diferentes concepciones de los bienes de uso público que se han mencionado en esta providencia, los locales comerciales ubicados en los aeropuertos de propiedad de la Aeronáutica Civil se consideran bienes de carácter fiscal por razón de su destinación, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha expuesto en el presente punto, de manera que con base en dichos pronunciamientos (167), aun en el supuesto aplicar en forma simple la clasificación del Código Civil, se predica la posibilidad de celebrar el contrato de arrendamiento sobre los referidos locales comerciales toda vez que –también – siguiendo los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil se encuentran excluidos de las restricciones impuestas a los denominados bienes de uso público”.²⁴ (se subraya)

Adicionalmente en relación con la definición de los bienes fiscales también se puede hacer referencia al reciente laudo arbitral proferido en el Tribunal de OPAIN vs Comercializadora Esteban Arévalo Empresa Unipersonal, el 28 de febrero de 2019, en el cual dentro de las consideraciones de la providencia, se citó doctrina en este punto en los siguientes términos:

“Como se ve, la demanda parte de la consideración sobre la naturaleza jurídica de los bienes arrendados como bienes fiscales. Al respecto, sin perjuicio de lo expuesto más adelante, ha de ponerse de presente que el inciso tercero del artículo 674 del Código Civil establece que los bienes fiscales son los bienes de la Unión, esto es, aquéllos cuyo dominio pertenece a la República, cuyo uso “no

²⁴ Cita original de la sentencia: (167). La Sala destaca que no se aparta de la jurisprudencia vigente en el sentido de considerar como bienes fiscales los locales comerciales ubicados en los aeropuertos públicos, de acuerdo con los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil y las sentencias de las distintas secciones del Consejo de Estado.

pertenece generalmente a los habitantes”, por oposición a los bienes de uso público o bienes públicos, que son aquellos cuyo uso “pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos”. Luis Guillermo Velásquez Jaramillo³⁰ señala que los bienes fiscales son “aquellos que tiene el Estado, por medio de sus entes territoriales, con semejante tratamiento al de la propiedad privada o particular” cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes. Por su parte, Jaime Arteaga Carvajal los definía como “todos los bienes de propiedad de la Nación que no están adscritos a un servicio público pero que forman parte del patrimonio estatal por haberlos adquirido desde la constitución de la nacionalidad colombiana y no han salido de su poder ni pasado al de un particular, como las minas y, en general, el subsuelo, los baldíos, los ríos, los depósitos naturales de abonos, etc. y aquellos que con el tiempo han adquirido la Nación, los departamentos, los municipios y las demás entidades de derecho público y han destinado a su uso y organización de los servicios a su cargo”³¹.²⁵

Finalmente, dentro de las pruebas practicadas dentro del trámite, es preciso en este punto, hacer referencia a la diligencia de interrogatorio del representante legal de INVERSIONES, quien cuando se le preguntó sobre la naturaleza del bien arrendado dejó claro su conocimiento en relación con el tipo de bien, al responder lo siguiente:

“Dr. GONZÁLEZ: Pregunta No. 1. ¿Informe al despacho si usted conoce cuál es la naturaleza o a que tipo de bien si el bien es público es privado, el bien que usted actualmente tiene arrendado?

²⁵ Citas originales de la providencia. (30) Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes, editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 81. (31) Arteaga Carvajal, Jaime. De los Bienes y su dominio, Biblioteca Jurídica Dike, 1a edición, Bogotá, 1994, p. 81.

DR. DEL HIERRO: Gracias, la objeción de la pregunta va encaminada a que el señor Pablo Mora, no es abogado esta pidiendo una calificación jurídica sobre las condiciones de un bien.

DRA RUEDA: No hay traslado de la objeción, pero lo que sí se le puede indicar al declarante es que conteste desde su profesión en lo que le conste y además en su condición de representante legal, no respuestas jurídicas porque usted no es abogado.

SR. MORA: Sé que tengo un contrato de arrendamiento con Opain es una entidad privada.

DR. GONZÁLEZ: Pregunta No. 2. ¿Y el bien concretamente, el local que usted tiene?

SR. MORA: El local está dentro del aeropuerto que está en concesión, es un bien público está concesionado a un privado". (se subraya).

También sobre el tema, el testigo CARLOS FERNANDO DUARTE ESTRADA, quien declaró en su condición de Director Jurídico de OPAIN dijo:

DR. GONZÁLEZ. Infórmele al Despacho, para Opain el bien concreto de Inversiones FL ¿qué naturaleza o qué calificación jurídica de los demás arrendatarios que hay en el aeropuerto ¿qué tipo de bien como lo tratan ustedes?

SR DUARTE: Para nosotros es un bien fiscal y todo parte de la base que la titularidad de la propiedad del aeropuerto es de la Aeronáutica Civil, nos los entregan en concesión y este es donde se encuentran

los arrendatarios de hangares, locales de los sea son bienes fiscales.” (Se subraya).

En virtud de lo todo lo anterior y en este caso concreto, el Tribunal en relación con la naturaleza del inmueble arrendado concluye que se trata de un bien público, por ser de propiedad de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil – Aerocivil que hace parte del área concesionada por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) a favor de OPAIN, quien tiene la tenencia del mismo en virtud del contrato de concesión No. 6000169 OK de fecha 12 de septiembre de 2006.

Ahora bien, además de pertenecer al género de los bienes públicos, por no estar destinado su uso de manera general a todos los habitantes, pertenece a la especie de bienes públicos denominados fiscales.

2.3. El régimen jurídico aplicable

A modo de precisión, el Tribunal aclara que el análisis que se hace en este punto, solo es preliminar, en la medida en que justamente el problema jurídico relativo a la nulidad absoluta de la cláusula del plazo del contrato celebrado entre las partes, se relaciona con los alcances y/o limitaciones del régimen jurídico aplicable al mismo y en tal sentido sobre este punto se pronunciará el Tribunal en detalle, cuando analice la respectiva pretensión de la demanda.

Puntualizado lo anterior, el Tribunal encuentra que el régimen legal que le aplica a este contrato son las normas civiles y comerciales que regulan el arrendamiento, toda vez que las partes que lo celebran son personas jurídicas de derecho privado.

Al respecto señala la cláusula 2.01.5 del Contrato lo siguiente:

"Bajo la observancia de las disposiciones del Código de Comercio y el Apéndice F del Contrato de Concesión, OPAIN ofreció al ARRENDARATIO un espacio comercial en la Terminal 1 de Pasajeros/ Nueva Terminal Fase II con una cantidad de área equivalente a la que teneía medianete el contrato de arrendamiento No. BO-AR-061-05. Por lo tanto, OPAIN S.A., reconoce, acepta y respeta los derechos de antigüedad del ARRENDATARIO en virtud de dicho contrato de arrendamiento".

Así las cosas, el régimen legal aplicable serán en su orden, las normas imperativas relativas al arrendamiento de locales comerciales contenidas en el Código de Comercio en los artículos 518 a 524, en lo pertinente, las estipulaciones contractuales y las normas supletivas para el arrendamiento contenidas en los artículos 1974 y s.s. del Código Civil.

2.4. Las obligaciones de las partes

Hecha la precisión anterior acerca del régimen legal del contrato celebrado, es imperioso señalar que en el arrendamiento de local comercial las obligaciones de las partes no están descritas en los artículos 518 a 523 del Código de Comercio, por lo que en desarrollo del artículo 822 del Código de Comercio, se debe dar aplicación a lo contenido en el artículo 1982 del Código Civil que reza:

"ARTICULO 1982. Obligaciones del arrendador. El arrendador es obligado:

- 1) A entregar al arrendatario la cosa arrendada.*
- 2) A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada.*
- 3) A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada".*

En relación con las obligaciones del arrendatario, aplican los artículos 1996 a 2007 del Código civil, que en resumen son:

1. Pagar la renta o el arrendamiento.
2. Darle el uso para el cual fue arrendado el local.
3. Cuidar el estado del local comercial.
4. Hacer las reparaciones locativas.
5. Restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato de arrendamiento en el estado que en le fue entregada, salvo el deterioro normal por el uso.

Descendiendo al caso concreto, en el Contrato se pactaron obligaciones de las partes para cada una de las etapas del mismo, así:

En la cláusula 5. *"ETAPA PREVIA"*, en el artículo 5.02 se encuentran las obligaciones de INVERSIONES consignadas en los numerales 5.02.1; 5.02.2; y las de OPAIN en el artículo 5.03, consignadas en los numerales 5.03.1 y 5.03.2.

En la cláusula 6. *"ETAPA ADECUACIONES"*, en el artículo 6.02 se encuentran las obligaciones de INVERSIONES consignadas en los numerales 6.02.1 hasta el 6.02.12; y las de OPAIN en el artículo 6.03, consignadas en los numerales 6.03.1 hasta el 6.03.4.

En la cláusula 7. *"ETAPA DE EXPLOTACIÓN COMERCIAL"*, en el artículo 7.02 se encuentran las obligaciones de INVERSIONES consignadas en los numerales 7.02.1 hasta el 7.02.5.

En la cláusula 8. *"OBLIGACIONES DE LAS PARTES APLICABLES A TODAS LAS ETAPAS"*, en el artículo 8.01 se encuentran las obligaciones de INVERSIONES consignadas en los numerales 8.01.1 hasta el 8.01.32. En el artículo 8.02 se encuentra obligaciones de INVERSIONES en relación con disposiciones ambientales y sociales, consignadas en los numerales 8.02.1 hasta

el 8.02.5;. En el artículo 8.03 se establecen las de OPAIN en el, consignadas en los numerales 8.03.1 hasta el 8.03.4.

Adicionalmente en otras cláusulas del contrato se pactaron obligaciones a cargo de INVERSIONES como en la 9. *“DISPOSICIONES ESPECIALES”*, en donde se establecen obligaciones relativas a los servicios públicos en los numerales 9.01, a la constitución de pólizas en el numeral 9.02, a solicitar autorización para la venta del establecimiento en el 9.03 y a no ceder, ni subarrendar o transferir la tenencia del inmueble en el 9.04.

En la cláusula 10, relacionada con las *“CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO Y TERMINACIÓN”*, se pactaron los efectos en caso de terminación del contrato por cualquiera de las partes, y en tal evento se consignaron obligaciones a cargo de INVERSIONES relativas a la entrega del inmueble en los numerales 10.03.1 hasta el 10.03.3. En la cláusula 11 se reguló la restitución del inmueble, en los numerales 11.01 hasta el 11.02.5.

Finalmente, en la cláusula 12. *“MISCELANEOS”*, se pactaron obligaciones a cargo de INVERSIONES, tales como las relativas a la identificación del personal, consignadas en los numerales 12.04, la confidencialidad, en el 12.05, y el pago de impuestos, en el 12.07.

Todo lo anterior, sin perjuicio de otras obligaciones contenidas en cláusulas particulares del contrato celebrado entre las partes.

3. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y SUS CORRESPONDIENTES EXCEPCIONES

Como quiera que dentro de las pretensiones de la demanda OPAIN incluyó unas encaminadas a la declaratoria de la nulidad de la cláusula de prórroga por objeto

ilícito, el Tribunal antes de abordar el análisis de las pretensiones principales primera y segunda relativas a la terminación del contrato, debe decidir por orden lógico, las pretensiones principales tercera y cuarta relacionadas con la nulidad invocada.

Lo anterior, toda vez que de encontrar el Tribunal que es nula la cláusula de prórroga del contrato, prosperarían también la declaratoria de terminación del mismo por vencimiento del término y la pretensión de terminación en general.

3.1. Pretensiones principales (3º) y (4º). La nulidad de la cláusula por objeto ilícito.

En las pretensiones tercera y cuarta principales de la demanda, OPAIN solicitó:

“PRETENSIÓN PRINCIPAL (3o): Se declare la nulidad absoluta sobreviniente del aparte de la CLÁUSULA "3.02. PLAZO" del contrato OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, que dispone que "El Contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio" por adolecer de objeto ilícito, en razón a las jurisprudencias que sobre el tema proferieron los jueces de la República.

“PRETENSIÓN PRINCIPAL (4o): Que como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado INVERSIONES F L LTDA a la restitución del bien arrendado bajo el contrato de arrendamiento OP-DCCA-TI -0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, esto es, el Local 34 ubicado en el Nuevo Edificio Terminal TI +T2 Adosada Nivel 0.00, Hall Público del "Aeropuerto Internacional El Dorado" de la ciudad de Bogotá D.C., así como los inmuebles por accesión, adhesión, construcciones, edificaciones y mejoras que en él se encuentre.”

En su contestación a la Demanda, INVERSIONES formuló las siguientes excepciones: *"9. Los precedentes jurisprudenciales planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual."*, *"10. La posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la no aplicación de la prórroga automática de los contratos estatales de arrendamiento es anterior a la firma del contrato que nos ocupa en este Tribunal y por tanto no es de recibo la afirmación de Opain de que estamos frente a una cláusula ilegalidad y que la misma sea sobreviniente"*; *"11. Rigurosidad en el análisis del precedente jurisprudencial frente a dejar sin efectos normas imperativas de orden público"*; *"12. El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, el deber de planeación de hacienda pública, de gestión de los bienes del estado y del servicio público, se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y Opain y no en el contrato de arrendamiento entre Opain y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión."*

3.1.1. Posición de la Demandante

En el hecho décimo cuarto de su Demanda, OPAIN afirmó que *"en atención a la posición sentada por la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, sobre la inaplicabilidad de la prórroga automática a los contratos de arrendamiento sobre bienes fiscales, la cual solo fue conocida por OPAIN con posterioridad a la suscripción del contrato de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, se considera que lo pactado en la CLÁUSULA '3.02. PLAZO' del contrato, acerca de que este se prorrogaría automáticamente, adolece de nulidad absoluta sobreviniente por objeto ilícito."* A tal efecto se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En su alegato de conclusión OPAIN afirmó que por *“la naturaleza del bien fiscal, del contrato de arrendamiento sobre él celebrado, (sean públicos o privados), no tiene prórroga automática, renovación automática, y/o tácita reconducción”*. A tal efecto señala que la jurisprudencia de antaño reconocía que las figuras de prórroga automática, renovación automática, y/o tácita reconducción propias del derecho civil y comercial, no eran aplicables a los contratos de arrendamiento estatales, pero la novedad radica en que se extendió esa conclusión a los contratos de arrendamiento de derecho privado donde el bien arrendado sea un bien fiscal, pues la prohibición nace por la naturaleza del bien arrendado, y no por la calidad de las partes.

Afirma que ello se deriva del principio de gestión de los bienes fiscales, plasmado en el artículo 20 de la Constitución Política, y en los principios de igualdad de acceso de los particulares a la suscripción de contratos de arrendamiento de bienes del Estado, de selección objetiva, de eficacia y economía, y de primacía del interés público sobre el interés particular.

Señala que la jurisprudencia ha tenido dos etapas, una primera en la que determinó que a los contratos de arrendamiento estatales no les son aplicables las figuras de la prórroga automática, renovación automática, y/o tácita reconducción establecidas en el derecho privado, y una segunda, en la cual se extiende la conclusión a los contratos de arrendamiento privados, en los que el bien arrendado sea un bien estatal, pues dada la naturaleza de éste tampoco le son aplicables las figuras de la prórroga automática, renovación automática, y/o tácita reconducción establecidas en el derecho privado.

A tal propósito se refiere al Laudo del Tribunal Arbitral en el proceso de Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. Opain S.A. contra Aerocivil del 24 de agosto de 2015, y a la sentencia del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2016 en el proceso de Opain S.A. contra Aerocivil (expediente 55954).

De dichas decisiones concluye que las garantías del establecimiento de comercio (cláusulas del derecho común) deben ceder ante la naturaleza del bien y el servicio público prestado en ellos, y que en el caso en que originalmente Aerocivil era arrendador, pero que tal posición fue cedida a OPAIN, el contrato de arrendamiento estatal se torna en privado, y por lo tanto ese contrato privado se sujeta a lo pactado y a las normas privadas, pero limitando ciertos derechos (prórroga automática, renovación automática, y/o tácita reconducción), los cuales no son aplicables dada la naturaleza del bien público arrendado y los servicios públicos en él prestado.

Añade que no existe una situación fáctica o argumento jurídico que permita apartarse de la ratio decidendi de las jurisprudencias presentadas. Se refiere a la obligatoriedad del precedente que ha sido señalada por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011 y a la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones.

Advierte que argumentar que la jurisprudencia no es aplicable en razón a que en este caso estamos al frente de contratos de arrendamientos privados, y no estatales, es un argumento irrelevante, pues como se demostró la “ratio decidendi” gira en la naturaleza pública de los bienes arrendados, y no en la naturaleza de los contratos de arrendamiento y/o sus partes.

Agrega que antes del 14 de septiembre de 2016, no existía una jurisprudencia que aclarase que las cláusulas del derecho común tampoco eran aplicables para los contratos de arrendamiento privados sobre bienes de naturaleza fiscal, como lo es la situación fáctica de este litigio, razón por la cual solo hasta el 14 de septiembre de 2016 se tuvo claridad sobre el punto.

Señala que la cláusula 3.02 del contrato de arrendamiento es nula, pues este tipo de cláusulas están prohibidas cuando el bien arrendado sea un bien estatal, independientemente si el arrendamiento era un contrato estatal o privado. Agrega que dicha nulidad no es sanable.

Advierte que la parte demandada trata de argumentar lo imposible: que i) los principios de planeación, ii) de igualdad, iii) de evitar la permanencia indefinida, iv) de gestión de los bienes del estado, y v) del servicio público solo se predicen del contrato de concesión del aeropuerto y no de los contratos de arrendamiento que OPAIN celebra con terceros. A tal efecto señala que la jurisprudencia no contempla dicha disyuntiva y por el contrario es enfática en argumentar que los contratos de arrendamiento (sean públicos o privados) sobre bienes fiscales, no pueden contener las cláusulas del derecho común (prórroga automática, renovación automática, y/o tácita reconducción).

Señala que si bien los contratos de arrendamiento celebrados por OPAIN con terceros, como el aquí demandado, incorporan como causal de terminación del arrendamiento la terminación del contrato de concesión por cualquier motivo (cláusula No. 10.01.5 del arrendamiento); pacto que se incorpora por OPAIN con el fin de dar cumplimiento de la Cláusula No. 72.2.3. del contrato concesión, ello no corrige, ni subsana la nulidad absoluta que se genera (cláusula 3.02 del arrendamiento).

3.1.2. Posición de la Demandada

Señala INVERSIONES que los precedentes jurisprudenciales que le sirven de base normativa y fuente de derecho a la actora para proponer sus pretensiones y soportar su demanda, no cumplen con la regla de la "ratio decidendi", y por tanto,

no son de obligatoria aplicación, por lo que en consecuencia no son fuente de derecho.

Hace referencia la Demandada a las sentencias que OPAIN presenta como precedente jurisprudencial y precisa que ninguna cumple con la doctrina de las Cortes para que sea calificada como precedentes jurisprudenciales y por tanto solo pueden ser tenidas como fuente auxiliar de interpretación. Agrega que hay un laudo arbitral aportado, que tampoco unifica jurisprudencia, ni el Tribunal de Arbitramento funge como órgano de cierre. Añade que hay una sentencia del Consejo de Estado que tiene como propósito definir un recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral, cuyo alcance está limitado a las expresas causales indicadas en la ley de arbitraje, y en el cual no tiene el Consejo de Estado facultades para definir el fondo del Tribunal Arbitral.

Analiza el precedente y señala que el mismo supone una analogía fáctica entre los casos decididos y aquellos por decidir y sobre los cuales se va a aplicar el referido precedente, lo cual no ocurre en el presente caso, pues no hay un solo caso que se asemeje al que nos ocupa en el cual sean tanto arrendador como arrendatarios dos particulares, o que se rija el contrato por el Código de Comercio. Los casos decididos por el Consejo de Estado se vinculan a contratos estatales de arrendamiento en que una de las partes es una entidad estatal.

Añade, adicionalmente, que en materia de precedente debe distinguirse entre la “ratio decidendi” y el “obiter dicta” y en el presente caso las citas jurisprudenciales planteadas por la actora son simplemente jurisprudencias indicativas.

En su alegato de conclusión reiteró los argumentos expuestos y precisó que si se leen con cuidado las sentencias aportadas, la causa por la cual la prórroga o renovación automática no se permite, no es porque se trate de bienes fiscales, es porque se trata de contratos estatales de arrendamiento.

Se refiere a los principios de la contratación estatal y señala que desde el inicio de la ejecución del contrato de concesión el principio de planeación recae en cabeza exclusivamente de OPAIN ya que fue la misma Aerocivil, como Estado, quien le entregó tanto los bienes inmuebles como los servicios asociados, también los ingresos que dichos inmuebles generan, las rentas de dichos bienes, en síntesis, la “res publicae”, hacienda pública.

Agrega que es OPAIN quien al momento de la terminación del contrato de concesión y no antes, le debe garantizar al Estado que ningún particular se quedará con un derecho de permanencia indefinida en la relación contractual más allá de lo que el contrato estatal de concesión dure. Es OPAIN y no los arrendatarios de los espacios del Aeropuerto Internacional El Dorado, quien tiene la carga de la planeación de la hacienda pública y del servicio público, porque le fue entregada a OPAIN bajo el esquema del contrato de concesión.

Añade que de acuerdo con el contrato de concesión, OPAIN puede pactar de manera autónoma todas las condiciones de cada uno de los contratos, incluso sin la intervención de la Aerocivil, para lo cual se remite a la cláusula 72.2.3 en su inciso 3ro, del contrato de concesión, pero precisa que de acuerdo con dicha cláusula para el momento de la terminación del contrato de concesión y solo para los contratos que le sean cedidos por parte del concesionario a la Aerocivil, los mismos no deberán tener en ese momento cláusulas que impidan la cesión, o reajustar los cánones de arrendamiento y no podrán tener derechos de preferencia, ni de renovación por términos superiores a un año.

Se refiere a las sentencias que se invocan y señala que antes de la firma del contrato, ya el Consejo de Estado se había pronunciado sobre estos hechos que ahora OPAIN plantea como causal de nulidad absoluta sobreviniente.

Concluye entonces que no hay ninguna causal de nulidad absoluta que afecte la cláusula 3.02 del contrato con objeto ilícito, porque con el pacto de la prórroga automática no se contravinieron normas de orden público de la Nación, ni principios de contratación estatal, ni se pusieron en riesgo dichos principios, ni las buenas costumbres. A tal efecto se refiere al laudo arbitral del pasado 28 de febrero de 2019 entre OPAIN contra Comercializadora Esteban Arévalo.

3.1.3. Consideraciones del Tribunal

La cláusula cuya nulidad se solicita dispone lo siguiente:

“3.02.Plazo: El Contrato estará vigente desde la fecha de su suscripción hasta el vencimiento del Mes 12 contado a partir de la fecha del Acta de Inicio de la Explotación Comercial. El Contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 5,20 del Código de Comercio”. (se subraya la parte acusada)

Para decidir sobre la nulidad solicitada y teniendo en cuenta la forma como la Demandante formula sus pretensiones, considera el Tribunal que debe examinar en primer lugar, los eventos en que las decisiones judiciales tienen carácter vinculante para otros jueces que deban fallar casos semejantes; en segundo lugar, si en el presente caso existen precedentes que deba seguir este Tribunal arbitral, y en tercer lugar, si independientemente de la existencia o no de un precedente, los argumentos de la Demandante conducen a concluir en la nulidad de la estipulación acusada.

a. El carácter vinculante de las decisiones judiciales como precedente o doctrina probable.

A este respecto lo primero que debe recordarse es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter vinculante del precedente judicial que es *“aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”*²⁶.

De conformidad con la Corte Constitucional el carácter vinculante del precedente *“se sustenta en los principios de legalidad, de igualdad, de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de buena fe, de confianza legítima, además de racionalidad y razonabilidad”*²⁷. En efecto, es claro que no se respetaría el principio de igualdad si al aplicar las mismas normas constitucionales o legales, los jueces llegaran a conclusiones diversas en los distintos casos sujetos a su decisión, sin que entre los mismos existieran diferencias relevantes. Igualmente la aplicación de una regla constitucional o legal en forma distinta en cada caso afectaría la seguridad jurídica la buena fe y la confianza legítima.

Ahora bien al precisar el alcance y obligatoriedad de las decisiones judiciales la Corte Constitucional ha expresado que las sentencias de constitucionalidad tienen naturaleza *“erga omnes”* y no constituyen un criterio auxiliar de interpretación pues *“la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional”*. Adicionalmente²⁸ ha dicho la Corte Constitucional en relación con sus decisiones que las mismas *“tienen una fuerza vinculante especial, debido a que determinan el contenido y alcance de la normatividad superior, al punto que*

²⁶ Sentencia T-112 de 2012, reiterada en sentencia, SU-268 de 2018. En forma semejante las sentencias SU-053 de 2015 y SU 354 de 2017.

²⁷ Sentencia C-539 de 2011 y sentencia Su-068-2018.

²⁸ Sentencia C-621 de 2015.

su desconocimiento significaría una violación de la constitución²⁹³⁰. En este sentido la Corte Constitucional ha precisado que las decisiones de tutela aunque deciden casos concretos establecen precedentes que deben ser tenidos en cuenta³¹.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter vinculante como precedente de las decisiones dictadas por las altas cortes y a tal efecto ha señalado³² que *"la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial."*³³

Ahora bien, al determinar el alcance del precedente la Corte Constitucional ha precisado que una decisión judicial *"se compone de tres elementos como son"*³⁴:

²⁹ En Sentencia T-260 de 1995 se advirtió que *"Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarian no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar"*.

³⁰ Sentencia SU-068 de 2018.

³¹ Sentencias T-123 y T-260 de 1995, T-566 de 1998, T-439 de 2000 y C-539 de 2011.

³² Sentencia C-0621 de 2015.

³³ Sentencias C-816 de 2011, C-335 de 2008, SU-053 de 2015, SU-354 de 2017 y SU-068 de 2018.

³⁴ Sentencia T-638 de 2012.

i) la decisión del caso o *decisum*; ii) las razones que se encuentran vinculadas de forma directa y necesaria con el fallo o *ratio decidendi*; y iii) los argumentos accesorios utilizados para ayudar a construir la narrativa judicial, conocidos como *obiter dicta*³⁵. De esos aspectos, sólo la *ratio decidendi* constituye precedente.³⁶

En tal sentido en sentencia T-443 de 2010 expresó:

“Ahora bien, como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades, el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente se relaciona directamente con la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, que en palabras de la Sala Plena en la sentencia SU-047 de 1999 fue definida como

“La ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”

“ ...

“Un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado,

³⁵ Sentencias SU-047 de 1999, SU-120 de 2003 y T-292 de 2006.

³⁶ Sentencias SU-047 de 1999 y las sentencias C-131 de 1993 y C-037 de 1996. En los primeros pronunciamientos, la Corte se refirió a la *ratio decidendi* como cosa juzgada implícita.

constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

En todo caso ha precisado la Corte que la obligación de seguir el precedente no es absoluta, porque el fallador puede separarse del mismo por razón de la autonomía judicial constitucional³⁷. Pero a tal efecto tiene una carga de argumentación³⁸, pues *“la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial”*. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga³⁹. Así mismo la Corte ha precisado la carga de argumentación requerida para apartarse del precedente y ha señalado por ejemplo que se debe *“(i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales”*⁴⁰.

Es importante en este punto señalar que además de las reglas que ha fijado la Corte Constitucional sobre la obligatoriedad del precedente el legislador ha establecido algunas reglas legales sobre la misma.

³⁷ Sentencia C-625 de 2015.

³⁸ Sentencia C-400 de 1998.

³⁹ Sentencia C-621 de 2015.

⁴⁰ Sentencia C-634 de 2011.

En tal sentido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra la figura de las sentencias de unificación jurisprudencial (artículo 270) que son *“las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”* y atribuye la potestad de dictarlas a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre los asuntos que provengan de las secciones, y a las secciones de la Sala Plena en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la sala de la corporación o de los tribunales (artículo 271).

De conformidad con dicho Código dichas sentencias deben ser tomadas en cuenta por las autoridades administrativas (artículo 10) y sus efectos pueden ser extendidos *“a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”* (artículo 102). Por su parte, el artículo 256 y siguientes del mismo Código regulan el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Igualmente los artículos 269 y siguientes establecen la posibilidad de extender los efectos de una sentencia de unificación, cuando la autoridad administrativa negare la extensión o hubiere guardado silencio (artículo 269).

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 declaró exequible el artículo 4º de la ley 169 de 1896 que dispone que *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”* A tal efecto la Corte condicionó la exequibilidad para lo cual señaló que *“siempre y cuando se*

entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia."

De esta manera la doctrina probable es obligatoria para la Corte, los tribunales y jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes podrán apartarse de ella motivando su decisión en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada.

Por su parte el artículo 7º del Código General del Proceso establece la obligación para el juez de tomar en cuenta la jurisprudencia y exponer las razones para apartarse de la doctrina probable⁴¹.

De esta manera existen dos instituciones que debe tomar en cuenta el fallador, el precedente y la doctrina probable.

En cuanto a la diferencia entre la doctrina probable y el precedente señaló la Corte Constitucional *"que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad... mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por*

⁴¹ Dispone dicho artículo "Artículo 7. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. "Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos".

lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión”⁴².

De esta manera, mientras el precedente parte de la aplicación de la ley en un caso concreto e impone al juez dar la misma solución a casos sustancialmente iguales, por el contrario, la doctrina probable hace referencia a un punto de derecho que ha sido objeto de análisis y reiteración por la Corte en por lo menos tres decisiones como juez de casación, lo cual debe tomarse en cuenta en otras decisiones que se basen en el mismo punto de derecho.

b. La existencia de precedentes o doctrina probable en el presente caso

En su demanda la Demandante se apoya en una serie de decisiones según las cuales en *“razón a la naturaleza fiscal del bien arrendado, en dicho contrato no es viable aplicar ‘ni la prórroga automática’, ‘ni la tácita reconducción del contrato de arrendamiento’”* (hecho décimo).

Ahora bien, las decisiones a que se refiere el Demandante no fueron proferidas por la Corte Suprema de Justicia sino por el Consejo de Estado, por lo cual en este caso no es procedente analizar si existe una doctrina probable, sino si existe un precedente.

Por otra parte, debe observarse que las sentencias que invoca el Demandante no expresan que sean sentencias de unificación de jurisprudencia en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, debe observarse que la Corte Constitucional ha señalado que las sentencias de unificación tienen un régimen particular en el Código de

⁴² Sentencia C-621 de 2015.

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y por ello pueden ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, sin embargo *“Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo”*⁴³. Por lo anterior procede el Tribunal a examinar si en las providencias que relaciona la Demandante se sienta el precedente que él invoca.

La Demandante cita el concepto de la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 2002 (radicación 1469). A este respecto lo primero que se advierte es que los conceptos de la Sala de Consulta y del Servicio Civil no constituyen decisiones jurisdiccionales y por ello los mismos no pueden ser invocados como precedente. En todo caso es pertinente destacar que dicho concepto se refiere a la obligación de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil de pagar el impuesto predial y la contribución de valoración, plusvalía o algún otro tipo de contribución o tributo. Es decir dicho concepto no se refiere a la materia objeto de este proceso.

La Demandante cita la sentencia del 29 de mayo de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (250002326000200102337 01 Exp. 27875) en la que se resolvió una controversia relativa a un contrato de arrendamiento celebrado entre la Nación (Ministerio de Medio Ambiente) y un particular. En dicha sentencia el Consejo de Estado declaró nula la cláusula de prórroga automática contenida en el mencionado contrato para lo cual invocó el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, *“a cuyo tenor: ‘Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) y su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales’*”. De esta manera, la sentencia que se examina se refirió a un contrato estatal y para declarar la nulidad se fundó en las normas que regulan la contratación estatal. Dicha sentencia no constituye entonces un precedente para el presente caso.

⁴³ Sentencia C-588 de 2012.

La sentencia del 30 de octubre de 2013 del Consejo de Estado (expediente 250002326000200202470 01 32815), que igualmente invoca la Demandante, se refiere a un contrato de arriendo celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y un particular.

El Consejo de Estado señaló en dicha sentencia que el contrato se encontraba sujeto al Decreto-ley 222 de 1983 y precisó que en vigencia del mismo “el contrato de arrendamiento tenía un régimen especial, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código de Comercio no se aplicaba, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993” (se subraya). Agregó el Consejo de Estado que “para aquella época los contratantes estaban impedidos para darle un tratamiento comercial a su relación negocial, convenir un plazo superior al consagrado en la ley y prorrogarlo si se había llegado a ese límite, pues otra interpretación conduciría a permitir que la administración prorrogara indefinidamente este tipo de contratos incurriendo en una nulidad absoluta de los mismos, por violación de una prohibición (artículo 78 letras b. y c. del Decreto Ley 222 de 1983)” (se subraya).

Finalmente señaló el Consejo de Estado “Tanto la cláusula de prórroga automática del contrato estatal de arrendamiento de inmuebles, como la renovación expresa del contrato se han visto limitadas en la contratación estatal, tanto en vigencia del Decreto-ley 150 de 1976, como bajo el Decreto-ley 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993, en cuanto que en los dos primeros estatutos contractuales se fijó un plazo máximo de vigencia del contrato y en la Ley 80 de 1993 se fijó un valor máximo para la adición, al paso que la renovación tácita del contrato de arrendamiento no ha tenido cabida frente al contrato estatal por

razón de la formalidad escrita exigida para la existencia del contrato y, por lo tanto, para sus modificaciones”(se subraya).

Como se puede apreciar, en este caso el Consejo de Estado se refirió a un contrato celebrado entre un particular y una entidad estatal y su decisión se fundó en las reglas propias del contrato estatal. Además, afirmó que en la contratación estatal se limita la cláusula de prórroga automática o la renovación expresa. Por consiguiente, este pronunciamiento no puede tener el carácter de precedente en el caso objeto de este proceso.

En sentencia del noviembre 30 de 2006 (expediente 25096) el Consejo de Estado igualmente se refirió a un contrato estatal celebrado entre la Aeronáutica Civil y un particular, respecto del cual se discutía el incumplimiento del contratista por no pago de los cánones de arrendamiento. Es claro que en este caso no existe un precedente.

En sentencia del 29 de octubre del 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (número de radicación . Rad: 25000232600020010147701 (29851), se decidió un proceso iniciado por una serie de arrendatarios de inmuebles en el Aeropuerto El Dorado contra la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

Como se transcribe en la Demanda, en dicha sentencia se dice lo siguiente:

“En primer lugar, la Sala reitera la jurisprudencia vigente en el sentido de que en el contrato de arrendamiento estatal no tiene lugar la cláusula de prórroga automática. ni la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil.

“En orden de mayor jerarquía, esta Subsección ha advertido que las referidas disposiciones no resultan aplicables en el contrato de arrendamiento estatal en la medida en que darían lugar un derecho de permanencia indefinida de la relación contractual, más allá de lo que se puede prever en esta clase de contratos estatales, en contravía de las exigencias de igualdad, moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función administrativa consagrada en el orden constitucional (artículo 209 C.P.) e igualmente, se ha llegado a dicha conclusión teniendo en cuenta que este tipo de cláusulas del derecho común se apartan de los principios y fines de la contratación estatal, desarrollados en la Ley 80 expedida en 1993, entre otros, el deber de planeación, establecido en el referido régimen de contratación.

“En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que la situación de hecho creada por la continuidad en la ejecución del contrato de arrendamiento una vez vencido el término, no tiene la idoneidad de configurar el contrato de arrendamiento estatal, por razón de la carencia del documento escrito que se exige como formalidad esencial del contrato estatal de acuerdo con el artículo 4 1 de la Ley 80 de 1993”(se subraya).

Como se puede apreciar, el pronunciamiento del Consejo de Estado se refiere a una serie de contratos estatales, en tanto en ellos era parte una entidad estatal (la Aeronáutica Civil). Adicionalmente, en su motivación el Consejo de Estado claramente precisa que la prórroga automática o la renovación tácita no se aplica al contrato de arrendamiento estatal.

Lo anterior permite señalar que dicha providencia no puede considerarse un precedente para el presente caso, pues en el contrato objeto de este proceso no hay parte estatal, y por ello mismo no se trata de un contrato estatal.

En sentencia del 29 de octubre de 2014 el Consejo de Estado (Radicación 25000232600020010147701 (29851)) resolvió una controversia sobre un contrato de arrendamiento entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y un particular. En dicha providencia el Consejo de Estado expresó: *"la Sala reitera la jurisprudencia vigente en el sentido de que en el contrato de arrendamiento estatal no tiene lugar la cláusula de prórroga automática, ni la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil"* (se subraya).

Agregó el Consejo de Estado que *"las referidas disposiciones no resultan aplicables en el contrato de arrendamiento estatal en la medida en que darían lugar un derecho de permanencia indefinida de la relación contractual, más allá de lo que se puede prever en esta clase de contratos estatales, en contravía de las exigencias de igualdad, moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función administrativa consagrada en el orden constitucional (artículo 209 C.P.) e igualmente, se ha llegado a dicha conclusión teniendo en cuenta que este tipo de cláusulas del derecho común se apartan de los principios y fines de la contratación estatal, desarrollados en la Ley 80 expedida en 1993, entre otros, el deber de planeación, establecido en el referido régimen de contratación"* (se subraya)

Así mismo se expresó:

"En realidad, tanto la cláusula de prórroga automática del contrato estatal de arrendamiento de inmuebles, como la renovación expresa del contrato se han visto limitadas en la

contratación estatal, tanto en vigencia del Decreto 150 de 1976 como bajo el Decreto-ley 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993, en cuanto que en los dos primeros estatutos contractuales se fijó un plazo máximo de vigencia del contrato y en la Ley 80 de 1993 se fijó un valor máximo de la adición, al paso que la renovación tácita del contrato de arrendamiento no ha tenido cabida frente al contrato estatal por razón de la formalidad escrita exigida para la existencia del contrato y por lo tanto para sus modificaciones”(se subraya).

Es pertinente señalar que en esta providencia igualmente se dice:

“En esta oportunidad la Sala agregará a la jurisprudencia mencionada algunos fundamentos adicionales respecto de los bienes de propiedad del Estado, bajo los cuales se reitera como improcedente el nacimiento del derecho a la renovación del contrato de arrendamiento de un local comercial, por cuanto esa prerrogativa del derecho comercial se opone a los principios de planeación de la Hacienda Pública, de la gestión de los bienes y recursos del Estado y en su caso, a los principios propios del servicio público que se presta con determinados bienes.

“A continuación se desarrollan las consideraciones en las cuales se funda la anterior apreciación:

“i) La necesidad e importancia de determinar plazos de ejecución en la contratación estatal sobre los bienes de propiedad del Estado se desprende del principio de la planificación estatal del Régimen Económico y de la Hacienda Pública consagrado en el título XII de la Constitución Política y en las leyes que lo desarrollan, toda vez que se establece la obligación constitucional de definir de planes y programas orientados de

acuerdo con las políticas públicas, en principio acotados a los periodos plurianuales de la Administración Pública ejecutora y a las vigencias fiscales predeterminadas en los presupuestos públicos.

“Siendo que la contratación estatal constituye una de las principales herramientas de ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, no puede verse expuesta a situaciones indefinidas ni inamovibles en la gestión de los bienes de propiedad del Estado, de lo cual se concluye que debe determinar plazos ciertos en forma tal que se puedan gestionar los bienes en orden a cumplir con los Planes que establece la Constitución Política, los cuales a su vez tienen que ejecutarse con base en los respectivos presupuestos de ingresos y gastos dentro de las vigencias predeterminadas.

“Así las cosas, descendiendo a los contratos de arrendamiento de locales comerciales de propiedad del Estado, la entidad estatal no puede pactar, ni se le puede imponer, una renovación obligatoria, irrevocable e indefinida a favor del arrendatario particular, puesto que ello configuraría una situación legal de permanencia más allá del término del contrato estatal, que se opone a la planeación de la gestión pública sobre los bienes que constituyen un recurso económico, a organizar, para lograr la ejecución de los planes por principio definidos en interés general.

“Se avanza en esta disertación para puntualizar que tratándose de bienes afectos a un servicio público, la noción del interés general se impone sobre el derecho individual, en este caso el del empresario del comercio, por manera que ciertamente el

contrato y la ley de derecho privado no pueden ser llamadas en su aplicación, en contravía de los fines del servicio público.

“ ...

“iii) en virtud del deber de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, se estableció la exigencia de realizar el procedimiento de escogencia del contratista de conformidad con los factores objetivos de comparación determinados previamente. De acuerdo con el texto de la norma citada la ponderación de los factores de selección se debía encontrar detallada en los pliegos de condiciones, o antes de suscribir el contrato tratándose de la contratación directa, regla que excluye la selección de un contratista con base en el sólo criterio de su actividad empresarial anterior, toda vez que, siguiendo las voces de la norma citada, el cumplimiento del anterior del contratista no podía constituirse en el único factor de favorabilidad para definir su selección, en los términos del referido artículo 29”.

“En el mismo sentido, el cumplimiento del contrato de arrendamiento por el término de dos (2) años referido en el artículo 518 del Código de Comercio no tiene aplicación en el procedimiento de selección del contratista, toda vez que configuraría un factor obligado y exclusivo para definir la contratación estatal posterior, en oposición a las reglas de la selección objetiva.

“iv) Por último, en virtud de los principios constitucionales de la función administrativa, el Estado debe garantizar la igualdad de acceso en la contratación (artículo 209 C.P.) por manera que no

tiene lugar la configuración de un derecho individual de acceso a la tenencia indefinida de un bien de propiedad del Estado.

“Así las cosas, la Sala encuentra fundamento suficiente para reiterar que el artículo 518 del Código de Comercio no aplica en el contrato de arrendamiento celebrado bajo el régimen de la Ley 80 de 1993.” (se subraya)

Al entrar al análisis del caso concreto dice el Consejo de Estado:

“De conformidad con la jurisprudencia que se ha expuesto en este proveído y que ahora se reitera, en los contratos de arrendamiento que se rigen por la ley 80 de 1993 son inaplicables las disposiciones del derecho civil y comercial que consagran la prórroga tácita y la renovación automática, por ello, la Sala advierte desde ahora que los contratos en el sub-lite no se pueden declarar ni prorrogados ni renovados, al amparo de tales figuras.” (se subraya)

Como se puede apreciar, si bien esta providencia analiza la situación desde la perspectiva de los bienes estatales, también lo es que al hacerlo se refiere constantemente a la contratación estatal, a los contratos sujetos a la ley 80 de 1993, a los procesos de selección de dicha ley y al término de los contratos bajo dicha normatividad. A lo anterior se agrega que el contrato al que se refiere dicho pronunciamiento era entre una entidad estatal y un particular.

No sobra anotar que en dicha sentencia también se expresó:

“Finalmente, advierte la Sala que la parte demandante pretendió extender la declaración de renovación del contrato de arrendamiento a un derecho de permanencia de su actividad como empresario en el aeropuerto que sería administrado bajo el contrato de concesión, a

partir de la sentencia, cuestión que se refiere a hechos que, por supuesto, exceden la contratación sometida al litigio y la causa petendi planteada en torno a la misma”.

Es decir, que de acuerdo con el propio pronunciamiento del Consejo de Estado, la situación que es materia de este proceso, esto es un contrato celebrado por el concesionario con un empresario, está por fuera de lo decidido.

Lo anterior implica que dicha sentencia no puede considerarse un precedente en el presente caso.

La Demandante así mismo invoca el Laudo Arbitral proferido el 24 de agosto de 2015 en el proceso adelantado por OPAIN contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica civil (hoy ANI) por el cual se decidieron diversas controversias relacionadas con el contrato de concesión sobre el Aeropuerto Internacional El Dorado. Entre dichas controversias se encontraba algunas que guardaban relación con el contrato que había sido celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y Avianca el cual fue cedido por la Aeronáutica a Opain.

Ahora bien dicho Tribunal expresó en la parte considerativa de su laudo:

“Este contrato, como ya se señaló, inicialmente tuvo un carácter estatal; no obstante, a partir del momento en que fue cedido a OPAIN cambió su carácter estatal, para adquirir un carácter que, sin perjuicio de las estipulaciones encaminadas a la protección de los bienes y servicios de naturaleza pública involucrados, es viable interpretar bajo las reglas del derecho privado. Este asunto, si bien en general es relevante, básicamente por razón de las potestades excepcionales que se presumen o es viable pactar en algunos contratos estatales, en este caso particular carece de relevancia, en razón a que tales

facultades están expresamente prohibidas en el caso de los contratos de arrendamiento.

“Lo anterior sin embargo no implica que tales contratos, en tanto sean celebrados por una entidad pública no estén sometidos a las demás disposiciones del Estatuto de contratación pública, pero en este caso, por virtud de la cesión, el contrato de arrendamiento perdió su carácter estatal y al igual que cualquier contrato de arrendamiento debe sujetarse en primer lugar a lo pactado y en lo no pactado a las normas civiles y comerciales pertinentes, sin perjuicio de considerar que algunos derechos, entre ellos el de la renovación o la prórroga, están limitados, por razón de los bienes y servicios de carácter público involucrados, asunto que ha sido objeto de consideración por el Consejo de Estado, y que si bien ha sido objeto de discusión entre las partes, no constituye una materia que haya sido sometida al conocimiento de este Tribunal, tal como se precisará más adelante.”
(se subraya)

Como se desprende claramente del laudo que se analiza, el mismo no tenía por objeto resolver si el contrato de arrendamiento que se había cedido por parte de la entidad estatal al concesionario, podía ser objeto de renovación o prórroga. En efecto, ninguna de las pretensiones de la demanda se refieren a este particular, así como tampoco la parte resolutive del laudo. Además el propio Laudo aclara la situación cuando señala que si bien el tema “*ha sido objeto de discusión entre las partes, no constituye una materia que haya sido sometida al conocimiento de este Tribunal*”.

De esta manera, lo indicado en el laudo en el párrafo transcrito es un obiter dicta.

Pero aún si no lo fuera, es claro que como se desprende del texto que se ha transcrito, la situación que allí se analizó es diferente a la que se presenta en este caso, pues una es la situación de un contrato que se celebra por una entidad estatal y que se cede a una entidad particular, y otra es la de un contrato que se celebra entre un concesionario y otro particular con sujeción a las reglas de derecho privado. En efecto, en el primer caso cabe preguntarse si por el hecho de la cesión el particular podía adquirir otros derechos adicionales a los que surgieron a su favor al celebrar el contrato con la entidad estatal.

La demandante invoca igualmente la sentencia del 14 de septiembre de 2016 (Rad: 73-00 (55954),) en la cual se decidió el recurso de anulación contra el laudo anterior.

En dicha sentencia el Consejo de Estado resolvió el recurso de anulación interpuesto por la entidad concedente, el cual se fundó, entre otras causas, en que *“el laudo proferido se pronunció sobre la relación entre un tercero que no hacía parte del laudo arbitral —Avianca— y sobre las cláusulas exorbitantes que se encontraban expresamente excluidas de la materia objeto del litigio”*.

El Consejo de Estado consideró que *“que el laudo no contiene decisiones acerca de la existencia y validez del contrato celebrado con Avianca, las cuales en efecto no estaban sometidas a la decisión del Tribunal de Arbitramento”*.

Así mismo en dicha providencia se expresó:

“3.2.9.4. La Sala está de acuerdo en que frente a los bienes de uso público no es viable invocar la tácita reconducción del contrato de arrendamiento ni el derecho a la renovación automática y que las normas de las reglas del renovación del contrato de arrendamiento del establecimiento de comercio

deben ceder ante la naturaleza del bien público y del servicio público en el seno de un contrato estatal.

“Sin embargo, esa consideración no lleva a concluir que en el laudo arbitral objeto del recurso de anulación se hubiera desconocido la limitación de la prórroga automática, toda vez que, según se indica a continuación, el tribunal de arbitramento advirtió que los derechos estaban limitados por razón de los bienes y servicios de carácter público, no obstante lo cual, observó que ese asunto no era materia de la controversia — como en efecto se advierte que las cláusulas del contrato de arrendamiento no estaban sometidas al juzgamiento del tribunal de arbitramento—.”(se subraya)

Como se puede apreciar, la referencia que hace el Consejo de Estado a que frente a bienes de uso público no es viable invocar la tácita reconducción del contrato ni el derecho a la renovación del contrato alude a un contrato estatal (el seno de un contrato estatal dice el alto tribunal). Adicionalmente dicho argumento no constituyó fundamento para la decisión del recurso de anulación, en cuanto como lo señala el propio Consejo de Estado citando al Tribunal Arbitral, la relación entre Avianca y Opain no era materia del proceso arbitral.

A lo anterior debe agregarse que como lo había señalado el Consejo de Estado en la sentencia del 29 de octubre de 2014 (Radicación 25000232600020010147701 (29851)), y se precisó en otro aparte de este laudo, los locales comerciales del aeropuerto constituyen bienes fiscales.

En efecto, en dicha sentencia el Consejo de Estado expresó:

“De acuerdo con la legislación y la jurisprudencia expuesta, se concluye que el Aeropuerto El Dorado no se encasilla en el concepto de bien de uso público propiamente dicho, entendido bajo la concepción tradicional del Código Civil en la cual se clasifican como tales los bienes de acceso libre, abierto, indiscriminado al público. Por el contrario, se integra por bienes de diversa índole como por ejemplo: infraestructura aeronáutica, infraestructura de transporte, espacio público, bienes necesarios para el servicio público de transporte, bienes conexos a dicho servicio, bienes no afectos a ninguno de los anteriores, todo lo cual lleva a observar que constituye un bien complejo, con régimen legal y usos permitidos disímiles. Desde el punto de vista de la regulación del uso, se advierte la posibilidad de un uso mixto, o complejo, no exclusivamente público en el sentido de la clasificación binaria de nuestra legislación civil”.

En particular en relación con los locales comerciales precisó el Consejo de Estado que *“los locales comerciales ubicados en los aeropuertos de propiedad de la Aeronáutica Civil se consideran bienes de carácter fiscal por razón de su destinación”* y por ello pueden ser arrendados.

Todo lo anterior lleva al Tribunal a concluir que de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se cita no se desprende que respecto de un bien entregado en concesión que constituye un bien fiscal no se pueda celebrar un contrato de arrendamiento bajo las reglas del Código Civil y del Código de Comercio, incluyendo una cláusula de prórroga automática o que pueda producirse la renovación tácita del contrato, todo ello dentro del marco del contrato de concesión.

c. La nulidad de la cláusula de conformidad con el régimen legal aplicable

Desde esta perspectiva lo primero que debe observarse es que el contrato de concesión se sujeta a la ley 80 de 1993 y sus disposiciones complementarias. Por el contrario, los contratos que celebra el concesionario con terceros no están sujetos a las disposiciones aplicables a los contratos estatales, por la sencilla razón que de conformidad con el artículo 1º de la ley 80 de 1993, la misma establece *“las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”*.

Es claro a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la citada ley que en un contrato entre un concesionario y un particular no hay una parte estatal.

Por consiguiente, el contrato objeto del presente proceso se sujeta a las disposiciones del derecho privado y en particular, como ya se dijo, a las del Código de Comercio, en la medida en que se trata de un contrato relacionado con una empresa o actividad de comercio, que de acuerdo con el artículo 21 de dicho Código constituye un acto mercantil.

Partiendo de lo anterior debe recordarse que el artículo 899 del Código de Comercio dispone:

“Artículo 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

“1o) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

“2o) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

“3o) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”

Lo primero que debe observarse es que no encuentra el Tribunal que la cláusula acusada del contrato sea contraria a una norma imperativa. La Demandante no invoca ninguna.

Por otra parte, en cuanto a que el contrato tenga objeto ilícito, es claro que no se presentan los supuestos contemplados en el artículo 1521 del Código Civil, porque el contrato no tiene por objeto la enajenación de bienes, que es la materia que regula dicha disposición. Tampoco se presenta el supuesto del artículo 1518 porque el objeto del contrato no es un hecho contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Por lo anterior, lo que debe establecerse es si en el presente caso debe aplicarse el artículo 1519 del Código Civil que dispone que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”*.

Señalaba don Luis Claro Solar⁴⁴ al analizar esta norma que *“El derecho público se halla constituido por las leyes que tienen por objeto la organización de la sociedad política”*.

Desde este punto de vista lo que debe precisarse es si una cláusula de prórroga automática de un contrato de arriendo celebrado entre un concesionario y un particular viola el derecho público de la Nación.

A este respecto lo primero que debe observarse es que el concesionario celebra los contratos de arriendo sobre los locales que se encuentran en el bien objeto

⁴⁴Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XI, página 288.

de la concesión como consecuencia del derecho que él tiene en virtud del contrato de concesión. Por consiguiente, los contratos de arriendo deben enmarcarse dentro de este último, que les sirve de fuente, por lo cual el arrendatario no podría pretender tener la tenencia del bien arrendado con posterioridad a la terminación del contrato de concesión, pues ello implicaría que el arrendatario mantendría la tenencia de un bien público más allá de lo que disponen las normas que regulan los contratos de concesión. Tal situación claramente violaría reglas de derecho público.

Es claro que al terminar el contrato de concesión, los arrendatarios no podrían invocar un derecho a la prórroga o renovación del contrato, pues en tal caso tiene que prevalecer el derecho de la entidad estatal que sólo entregó temporalmente los bienes al particular para que se prestara el servicio propio de los mismos y se realizara la explotación comercial que corresponde.

A este respecto conviene señalar que el contrato de concesión dispone:

"72.2.3 Cesión de los Contratos

"Aerocivil notificará al Concesionario sobre su intención de continuar o no con los contratos celebrados por éste para la Operación, Administración y Explotación Comercial del Área Concesionada, antes del vencimiento del plazo de veinte (20) Días Calendario contados desde la fecha de recepción del inventario de contratos a que hace referencia el numeral 72.1.3 de esta misma cláusula

"Mediante la suscripción del Acta de Terminación, el Concesionario cederá a Aerocivil aquellos Contratos Cedidos que se encuentren vigentes y aquellos contratos celebrados para

la Operación, Administración y Explotación Comercial del Área Concesionada durante la vigencia del Contrato de Concesión, cuya cesión hubiere sido solicitada por Aerocivil en los términos del inciso anterior. Los demás contratos se entenderán terminados, por decisión de la Aerocivil, a partir de la suscripción del Acta de Terminación, para lo cual el Concesionario incluirá las estipulaciones pertinentes en todos los contratos que celebre.

Aunque las condiciones pactadas por el Concesionario en cada uno de los contratos celebrados para la Operación y Administración del Área Concesionada son definidas de manera autónoma por éste y sin la intervención de Aerocivil, al momento de la terminación del Contrato de Concesión, los contratos que sean cedidos por parte del Concesionario a Aerocivil no podrán contener cláusulas o condiciones que impidan la realización de la cesión, ni cláusulas que impliquen la imposibilidad de aumentar la contraprestación debida o la reducción de la misma, ni derechos de preferencia u obligaciones de renovación de los términos del contrato por periodos superiores a un año ni cláusulas que impidan la terminación de los contratos por decisión autónoma de Aerocivil.

“La cesión de estos contratos deberá ser notificada por Aerocivil a los terceros suscriptores de los contratos objeto de cesión, dentro de los cinco (5) Días siguientes a la suscripción del Acta de Terminación.”

Como se puede apreciar, de conformidad con el contrato de concesión el concesionario puede de manera autónoma definir las condiciones de los contratos de arrendamiento que celebre. No obstante dicho contrato igualmente

dispone que los contratos que sean cedidos a la terminación de la concesión no pueden contener cláusulas o condiciones que contengan, entre otras, obligaciones de renovación de los términos del contrato por períodos superiores a un año ni cláusulas que impidan la terminación unilateral.

En el presente caso encuentra el Tribunal que el contrato de arriendo previó expresamente su terminación en el evento de extinción del contrato de concesión.

En efecto, en la cláusula décima se establece como causal de terminación del contrato *"10.01.5. En caso que el Contrato de Concesión se termine por cualquier causa y AEROCIVIL decida no solicitar la cesión de la posición contractual que OPAIN tiene en el presente Contrato de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión. El ARRENDATARIO reconoce y acepta expresamente que la suspensión o terminación anticipada del Contrato de Concesión por cualquier causa, constituirá justa causa para terminar y/o suspender el Contrato"*.

Una regla semejante se consagra en el numeral 10.02.1 en el cual se expresa *"En caso que el Contrato de Concesión se termine y AEROCIVIL decida no solicitar la cesión de la posición contractual que OPAIN tiene en el presente Contrato, El ARRENDATARIO reconoce y acepta expresamente que la suspensión o terminación anticipada del Contrato de Concesión por cualquier causa, constituirá justa causa para terminar y/o suspender el Contrato. El ARRENDATARIO, conoce, asume y acepta expresa y totalmente el riesgo que AEROCIVIL ordene a OPAIN no suscribir el Contrato o no continuar con la ejecución del mismo y por lo tanto libera totalmente a OPAIN de toda responsabilidad que provenga de tal circunstancia y renuncia a cualquier reclamación por esta causa"*.

Como se puede apreciar las partes subordinaron el contrato de arrendamiento al contrato de concesión.

Ahora bien, partiendo de dicho marco, no encuentra el Tribunal que el hecho de que el Contrato prevea prórrogas automáticas o se produzcan renovaciones mientras se encuentre vigente el contrato de concesión atente contra el derecho público. A dicha conclusión se puede llegar tomando en consideración los argumentos que ha utilizado el Consejo de Estado.

A este respecto observa el Tribunal que existen dos líneas de argumentos que han fundado la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de cláusulas de prórroga automática. Por una parte, el régimen legal aplicable y por la otra la aplicación de los principios propios de la contratación estatal y de los bienes estatales.

Por lo que se refiere al régimen legal aplicable, como se vio, la jurisprudencia del Consejo de Estado se funda en que los contratos son estatales y por ello sujetos a la ley de contratación estatal y dicha ley establece límites a la adición de contratos estatales. Desde esta perspectiva es claro que dichas razones no se pueden aplicar a los contratos que no se encuentran sujetos a la ley 80 de 1993. La otra línea argumentativa se refiere a los principios que rigen los contratos estatales y los bienes del Estado.

Por lo que se refiere a los principios que rigen los contratos estatales, el Consejo de Estado ha hecho referencia al principio de planeación que se le impone a la entidad estatal al celebrar un contrato y al principio de selección objetiva.

En cuanto al principio de planeación la jurisprudencia constitucional ha señalado que *"El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad,*

ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos”⁴⁵.

Por su parte el Consejo de Estado citando autorizada doctrina ha señalado “*De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado ‘deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad’*”⁴⁶.

Por consiguiente, el principio de planeación se impone a las entidades estatales al decidir celebrar un contrato por lo cual deben diseñarlo de tal manera que con el mismo se logre satisfacer adecuadamente el interés público. Por consiguiente, al iniciar un proceso de selección para celebrar un contrato de concesión la entidad estatal debe haber analizado la conveniencia y oportunidad de celebrar el contrato de concesión y prever las cláusulas que considere adecuadas para asegurar que se logren los objetivos de interés público que corresponden. En el presente caso y en relación con los contratos de arrendamiento se previó en el contrato de concesión el tratamiento que habría de darse a los contratos de arrendamiento al momento de terminar la concesión. Es claro que ello implica que durante la vigencia de la concesión el concesionario habría de celebrar los contratos de arrendamiento en las condiciones que considerara adecuadas, teniendo presente las reglas previstas para el evento de terminación del contrato de concesión.

⁴⁵ Sentencia C-300 de 2012.

⁴⁶ Sentencia del 24 de abril de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).

Por otra parte, en cuanto al principio de selección objetiva es claro que el mismo debe ser observado por las entidades estatales, pero no se proyecta a los contratos que celebra el concesionario de una entidad estatal, pues el mismo contrata bajo las reglas de derecho privado. De esta manera, el concesionario puede contratar con quien considere adecuado la explotación del bien concesionado, siempre respetando las reglas que haya establecido el contrato de concesión y de la misma manera puede incluir en el contrato las estipulaciones que considere convenientes.

Desde la perspectiva de los bienes estatales debe observarse que al momento de la celebración del contrato de concesión era claro para la entidad concedente que la misma no podría utilizar ni explotar el bien concedido mientras estuviera vigente la concesión. Es decir que la existencia de una cláusula de prórroga automática no afecta a la entidad estatal. Pero en todo caso el contrato de concesión protege el interés público al prever lo que debe ocurrir con los contratos de arrendamiento a la terminación de la concesión.

Así las cosas concluye el Tribunal que la estipulación acusada no está viciada de nulidad. En todo caso es claro que la misma no podrá ser invocada frente a la entidad concedente.

En este punto, se responde el primer problema jurídico planteado por el Tribunal afirmando que en el presente asunto era viable pactar la cláusula de prórroga automática dentro del contrato de arrendamiento celebrado entre particulares, aún teniendo como objeto un bien fiscal y en consecuencia no constituye objeto ilícito que conlleve a la declaratoria de la nulidad absoluta de la cláusula.

Por lo anterior se negarán la PRETENSIÓN PRINCIPAL (3º) y la PRETENSIÓN PRINCIPAL (4º) y se declarará que prosperan las excepciones que la Demandada formuló con la denominación: "9. *Los precedentes jurisprudenciales*

planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual.” y “12. El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, el deber de planeación de hacienda pública, de gestión de los bienes del estado y del servicio público, se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y Opain y no en el contrato de arrendamiento entre Opain y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión.”

3.2. Pretensiones Principales (1º) y (2ª)

El apoderado de la parte demandante plantea estas pretensiones de la siguiente manera:

“PRETENSION PRINCIPAL (1º): Se declare terminado el contrato de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013 celebrado entre INVERSIONES F L LTDA en calidad de ARRENDATARIO y la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. – OPAIN S.A. en calidad de ARRENDADORA, sobre el inmueble denominado Local 34 ubicado en el Nuevo Edificio T1 – T2 Adosada Nivel 0.00, Hall Público del “Aeropuerto Internacional el Dorado” de la ciudad de Bogotá D.C.”.

“PRETENSIÓN PRINCIPAL (2º): Se declare que la terminación del contrato de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013 obedece a las siguientes causales:

- a) Al vencimiento del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.*

b) Al incumplimiento de otras obligaciones contractuales o legales por parte de la ARRENDATARIA INVERSIONES FL LTDA que se prueben durante el transcurso del proceso”.

Se agrupan en un mismo punto estas dos pretensiones por su íntima relación a efectos de resolver el segundo problema jurídico planteado: *¿Se ha configurado alguna de las causales legales o contractuales que dé lugar a declarar la terminación del contrato de arrendamiento de local comercial celebrado entre las partes?*

Al revisarlas el Tribunal entiende que las dos van encaminadas a un mismo propósito y es que se declare la terminación del contrato por cualquier causa que se encuentre probada. Solo que en la primera, la Demandante lo hace de manera general, y en la segunda menciona dos causales de terminación: a) vencimiento del término y el b) incumplimiento de obligaciones.

3.2.1. Posición de la Demandante

En relación con el vencimiento del término, la Demandante expone los siguientes hechos de la demanda:

- En el hecho “PRIMERO” señala que en el Contrato se acordó una duración inicial de 12 meses y un reajuste anual de acuerdo con el IPC del año inmediato anterior.
- En el hecho “SEXTO” indica que en el contrato pactaron *“la obligación de restitución por el mero vencimiento del plazo, tal como consta en las CLÁUSULA 3.02 “PLAZO” y CLÁUSULA 11 “RESTITUCIÓN DE LAS ÁREAS ARRENDADAS”(…).*

- En el hecho “SÉPTIMO” transcribe la cláusula de plazo acordada por las partes y afirma que ésta se tornó ilegal de acuerdo con la jurisprudencia producida después de la celebración del contrato y relata una serie de hechos relacionados con este punto. (NOVENO al DUODÉCIMO y DÉCIMO CUARTO y DÉCIMO QUINTO), los cuales harán parte del análisis relativo a la pretensión de nulidad de esta providencia.
- En el hecho “OCTAVO” menciona la fecha de suscripción del acta de inicio indicando que fue el día 25 octubre de 2013.
- En el hecho “DÉCIMO TERCERO” advierte el demandante que “...De conformidad con lo anterior el contrato de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, se encuentra de plazo vencido y por lo tanto OPAIN tiene derecho a la restitución inmediata del bien arrendado, de conformidad con la CLÁUSULA 3.02 “PLAZO” y la CLÁUSULA 11 “RESTITUCIÓN DE LAS ÁREAS ARRENDADAS de ese contrato y la jurisprudencia antes aludida.”
- En los hechos “DECIMO SEXTO” a “VIGESIMO PRIMERO” relata el demandante una serie de hechos acaecidos, relacionados con la terminación del contrato, el desahucio al Arrendatario y la negativa de éste a la restitución del inmueble, bajo su entendido del derecho a la renovación automática del contrato. Tales hechos fueron los siguientes, según la Demanda :
 - El 21 de mayo de 2014 OPAIN le propone a INVERSIONES nuevos términos para la renovación del contrato del contrato No. OP-DC-CA-T1-0042-13, en atención al vencimiento del plazo.

- OPAIN por medio de comunicación, da aviso de desahucio a INVERSIONES, en atención al vencimiento del plazo del contrato OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, el cual sería efectivo a partir del 3 de enero de 2015, debiendo proceder en consecuencia a la restitución del Local No. 34.
- INVERSIONES a través de comunicación radicada el 22 de julio de 2014, manifiesta su oposición frente al desahucio efectuado por OPAIN con respecto al contrato de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013, por considerar que se opone a lo dispuesto en el contrato y la ley.
- OPAIN por medio de comunicación del 11 de julio de 2017 propone condiciones a INVERSIONES para la suscripción de un nuevo contrato, en atención a que el plazo del contrato vencería próximamente, indicándole que en caso de no estar interesado en el trámite, se entenderá terminado el contrato desde el 24 de octubre de 2017 debiendo restituir el inmueble, en cinco (5) días contados a partir del vencimiento del plazo del contrato.
- INVERSIONES, a través de una comunicación del 6 de julio de 2017, se opone a la terminación del contrato OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013 y a la restitución del predio, por considerar que tiene derecho a la prórroga automática.

Por su parte, tanto en los alegatos de conclusión como en el memorial por el cual la Demandante describió las excepciones puntualizó que OPAIN tiene derecho a la restitución del inmueble por el vencimiento del plazo contractual.

Reitera que en el mes de mayo de 2014, es decir antes del vencimiento de la primera vigencia, OPAIN le propuso a INVERSIONES nuevos términos para

renovar el contrato y éste no aceptó, razón por la cual y en atención a la imposibilidad de aplicar la cláusula de prórroga por su nulidad sobreviniente, el contrato se terminó e intentó hacer deshaucio a INVERSIONES como lo fue mediante la comunicación radicada el 2 de julio de 2014 (comunicación fechada erróneamente el 26 de febrero de 2014) para que entregara el inmueble a más tardar el 3 de enero de 2015, situación que tampoco fue aceptada por INVERSIONES, violando en su criterio la cláusula 11.01 del contrato que exige la devolución inmediata del inmueble ante la terminación del contrato.

En relación con el incumplimiento de obligaciones observa el Tribunal que dentro del recuento de los hechos de la demanda no existe ninguno, salvo por la obligación de restitución ya mencionada, que señale alguna situación que pudiera constituirse en un incumplimiento de obligaciones contenidas tanto en la ley como en el Contrato; razón por la cual también se observa que de las pruebas aportadas, ninguna está encaminada a demostrar algún otro incumplimiento por parte de INVERSIONES.

Dentro del memorial por medio del cual el apoderado de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones de mérito y en los alegatos de conclusión señaló en relación con esta pretensión de incumplimiento que: *“Es legítima la pretensión de OPAIN S.A. de que se declaren otros incumplimientos que se prueben dentro del curso del proceso, puesto que bien podría acaecer alguno con posterioridad, o tener conocimiento de uno que en su momento no se conocía y que afloren a lo largo del proceso”*. Esto se reitera en los alegatos de conclusión presentados por el apoderado.

3.2.2. Posición de la Demandada

Por su parte la Demandada se opone a todos los hechos relativos al vencimiento del plazo y manifiesta en cuanto a la duración inicial que: *“Al calcular los 12 meses contados a partir de la fecha del acta de inicio de explotación económica*

nos da el 25 de octubre de 2014, es decir, 15 meses la duración inicial del contrato y no 12 meses como lo afirma la convocante”.

Se opone a la exigencia de restitución del inmueble en los términos aludidos, argumentando que: *“...sí se trata de una interpretación que hace la parte actora de las referidas cláusulas, dejando de lado, en esta tan oportuna interpretación, por cierto normas de orden público de obligatorio cumplimiento e irrenunciables, como sería la renovación automática consagrada en el artículo 518 del Código de Comercio y en el artículo 524 del mismo Código de Comercio, antes mencionadas”.*

Señala la Demandada que el Contrato se encuentra actualmente vigente de acuerdo con sus estipulaciones y con la ley, como consecuencia de la prórroga automática que éstas le conceden. Por lo anterior, a OPAIN no le asiste el derecho a exigirle a la convocada la restitución inmediata del inmueble objeto del referido contrato de arrendamiento. Agrega que para ratificar lo antes expuesto, OPAIN aún sigue recibiendo sin ninguna objeción los cánones que puntualmente le viene pagando el convocado y OPAIN le sigue permitiendo el uso y disfrute del bien, tal y como lo dispone el contrato. Adicionalmente, el convocado ha venido pagando y sigue pagando el impuesto predial sobre el inmueble objeto de este contrato, incluido por cierto aquel correspondiente al año gravable 2018, tal y como se puede verificar con los documentos aportados como prueba en esta contestación.

En relación con las comunicaciones mencionadas en los hechos décimo sexto a vigésimo primero la Demandada indica lo siguiente: *“Es fundamental tener en cuenta y por eso quiero llamar la atención al Tribunal que para esta fecha de esa comunicación, es decir 21 de mayo de 2014, ya se habían proferido al menos 3 de las sentencias que indica OPAIN en su demanda, pero es bien curioso que para esa comunicación se dice que el plazo está próximo a vencer, y no se hace*

referencia al supuesto objeto ilícito que ahora nos ocupa. Por lo visto para esa fecha poco le preocupada a OPAIN realmente que se acabara el contrato”.

La demandada afirma “Al parecer, y por una firma y fecha puestas a mano sobre la carta, la misma fue entregada en alguna parte el día 2 de julio de 2014. Para poder establecer que el desahucio se hizo en debida forma, se deberían sumar 6 meses, es decir, que la terminación del contrato debió haber sido al menos el día 2 de enero de 2015. En la carta habla del 3 de enero de 2015. Pero estamos hablando de contratos distintos, Opain no sabemos a qué contrato se refiere, ya que de acuerdo con las cuentas hechas anteriormente el contrato que nos ocupa en esta demanda arbitral, como ya lo indicamos tiene fecha de vencimiento el 25 de octubre de 2014, es decir que el desahucio debió haber sido enviado no antes del 25 de abril de 2015, pero recordemos que al parecer fue enviada el 2 de julio de 2014, es decir 3 meses antes, incumpliendo así con los mínimos legales que una norma de orden público con es el artículo 520 del C de Co lo estipula, y cuyo efecto no es otro que la inoperancia de ese supuesto e irregular desahucio”.

La Demandada acepta que no restituyó el inmueble afirmando “simple y llanamente porque no estaba obligado toda vez que el contrato se había prorrogado automáticamente”.

Expresa lo siguiente: “Es claro que la vigencia inicial del contrato es por 15 meses. El contrato en la cláusula 3.02 citada señala que las prórrogas automáticas se regularán como en la ley corresponde, con lo estipulado en el artículo 520 del C. de Co., es decir en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial, es decir los 15 meses ya mencionados.

De acuerdo con lo anterior la vigencia iría del 25 de octubre del 2014 al 25 de enero del 2016, la tercera vigencia iría del 25 de enero del 2016 al 25 de agosto de 2017, la cuarta vigencia iría del 25 de agosto de 2017 al 25 de julio del 2018,

la quinta vigencia del contrato iría del 25 de julio del 2018 al 25 de octubre del 2019, vigencia en la que nos encontramos. Por tanto si Opain pretendía dar por terminado el contrato en la fecha del 24 de octubre de 2017, pretendía dar por terminado el contrato en el inicio de la cuarta vigencia, lo cual definitivamente, no tiene ninguna justificación, ni fáctica ni contractual ni mucho menos legal. Como de manera acertada y ajustándose al contrato y a la ley, la convocada le dio respuesta oportuna a Opain manifestándole que no tenía la intención de celebrar un contrato nuevo, toda vez que el que está en vigencia estaba en plena ejecución y que por cierto, se daban todos los elementos para que aplicara la prórroga automática de la cláusula 3.02 y el artículo 520 del C de Co”.

Concluye señalando que INVERSIONES, a través de una comunicación del 6 de julio de 2017, se opone a la terminación del contrato OP-DC-CA-T1-0042-13 DEL 26 DE JULIO DE 2013 y a la restitución del predio, por considerar que tiene derecho a la prórroga automática.

Finalmente, en relación con la terminación por incumplimiento, se opone de manera general a su declaratoria y señala expresamente en su contestación que: *“la convocada ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones contractuales y legales”* y formula dos excepciones denominadas: *“La convocada ha cumplido con todas las obligaciones legales y contractuales”* y *“Condición Suspensiva”*.

Adicionalmente, propone las excepciones denominadas *“1. Fue y ha sido en todo momento la voluntad de las partes celebrar un contrato de arrendamiento regido por las normas del derecho privado con la expresa manifestación de la prórroga automática”* y *“4. Inexistencia de la Obligación de restituir el bien inmueble objeto del contrato de arrendamiento por encontrarse actualmente vigente”*.

Esta última la concluye así: *“Por todo lo anterior, es evidente que ni se ha vencido el plazo de duración del contrato, ni se han incumplido las obligaciones legales y contractuales, por tanto, la condición que daría lugar a la obligación de restituir el bien arrendado a OPAIN tampoco ha operado. No se ha dado ni hay una justa causa para ello, ni tampoco está la voluntad del arrendatario de dar por terminado el contrato de arrendamiento, ni de restituir el inmueble, por el contrario, obran en el expediente sendas comunicaciones manifestando su interés de prorrogarlos, como en efecto ha venido ocurriendo a través de los años”.*

Afirma que la convocada no ha sido notificada de ningún posible incumplimiento y que adicionalmente en la cláusula 10.04 se reguló un debido proceso para la configuración de incumplimientos que busca que el arrendatario tenga conocimiento previo al eventual incumplimiento y que justifique y presente descargos antes de que le puedan aplicar las consecuencias previstas en el contrato, puntualiza que este proceso constituye una condición suspensiva de la cual pende la posibilidad de hacer efectivo el derecho de dar por terminado el contrato.

3.2.3. Consideraciones del Tribunal

En relación con las pretensiones que buscan la declaratoria de la terminación del Contrato, especialmente la que se refiere a la configuración de la causal de vencimiento del plazo, es preciso señalar que en su argumentación, las partes necesariamente terminaron haciendo referencia en buena medida a los argumentos propuestos a favor y en contra de la pretensión dirigida a la declaratoria de la nulidad de la prórroga contenida en la cláusula del plazo, frente a la cual el Tribunal dedicó un acápite completo.

En virtud de lo anterior, en esta parte solo revisará el Tribunal si con independencia de la controversia relativa a la cláusula de prórroga pactada en el contrato, se configuró alguna causal de terminación del mismo, que dé lugar a declarar probadas las pretensiones primera y segunda de la demanda.

a. La Expiración del término

Ha quedado demostrado dentro del proceso, que uno es el contrato de Arrendamiento BO – AR -0061 – 05 suscrito entre la Aerocivil e INVERSIONES⁴⁷ el cual fue cedido posteriormente a OPAIN y otro diferente el Contrato N° OP-DC-CA T1- 0042-13 celebrado entre OPAIN e INVERSIONES.⁴⁸

En el primero, INVERSIONES es el arrendatario del inmueble Front Office No. 1 ubicado en el primer piso del costado sur del antiguo aeropuerto y el arrendador es Aerocivil. Si bien, este contrato no es objeto de la controversia, se incluye dentro de los hechos y las pruebas, ya que cuando se celebró el contrato de concesión No. 6000169 OK, suscrito entre Aerocivil y OPAIN el día 12 de septiembre de 2006, operó una cesión de todos los contratos de arrendamiento en favor de la concesionaria, entre los que está el BO – AR -0061 – 05 , la cual tiene unos efectos jurídicos claros, cuales son (1) deja de ser un “contrato estatal” para convertirse en un contrato privado y (2) el arrendador ya no será AEROCIVIL, sino OPAIN, una sociedad comercial anónima, regida por el derecho privado.

⁴⁷ Folios 529 a 543 del Cuaderno de Pruebas No.1. Pruebas del memorial de descorre aportado por la Demandante.

⁴⁸ Folios 1 al 36 del Cuaderno de Pruebas No.1. Pruebas de la demanda

Este contrato está terminado. Da cuenta de esto el acta de conciliación de fecha 7 de febrero de 2013⁴⁹ aportada dentro de las pruebas de la contestación de la demanda. En la que expresamente se acordó lo siguiente:

“PRIMERO. La PARTE CONVOCADA se obliga para con la PARTE CONVOCANTE a restituir de manera incondicional e irrevocable el inmueble Front Office No. 1 ubicado en el primer piso del costado sur del Aeropuerto de conformidad con los linderos establecidos en el contrato de arrendamiento No. BO – AR -0061 – 05 a mas tardar el día 2 de septiembre de 2013 a las 5 pm.

PARÁGRAFO 1. Como consecuencia de lo anterior, las Partes entienden terminado el contrato de arrendamiento No. BO – AR -0061 – 05 a mas tardar el día 2 de septiembre de 2013 a las 5 pm”.

También obra dentro del expediente el acta de terminación y restitución del inmueble suscrita el día 5 de julio de 2013 entre OPAIN e INVERSIONES.⁵⁰

El segundo, es el Contrato objeto de esta controversia, se trata de un nuevo contrato suscrito el día 26 de julio de 2013 en donde OPAIN es la arrendadora del local 34, ubicado en el nuevo edificio terminal T1-T2 Adosada Nivel 0.0. hall público e INVERSIONES es la arrendataria.

Cabe señalar que dentro del acta de conciliación ya mencionada las partes acordaron lo siguiente: *“... En el nuevo contrato de arrendamiento que celebren las Partes sobre el inmueble ya referido y según el Anexo No. 1 y para todos los efectos del contrato y de la ley en especial el artículo 518 del Código de*

⁴⁹ Folios 510 a 514 del Cuaderno de Pruebas No.1. Conciliación celebrada entre las mismas partes ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 7 de febrero de 2013, la cual finalizó en acuerdo conciliatorio.

⁵⁰ Folio 544 y 545 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Comercio, la parte CONVOCANTE en el texto del contrato de arrendamiento reconocerá, aceptará y respetará para el contrato de arrendamiento nuevo la antigüedad el contrato BO – AR -0061 – 05 que hubiera tenido la PARTE CONVOCADA sobre el inmueble Front Office No. 1 , aún cuando el nuevo local quede en una nueva terminal y en una nueva ubicación y en un lugar distinto a aquel en donde se encontraba...”.

Significa entonces que las partes cuando terminaron la relación anterior, dejaron clara su intención de iniciar una nueva relación con respeto del derecho de renovación consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio.

Frente al Contrato en conflicto, en la demanda se reconoce en el cuadro sinóptico de los términos contractuales, el pacto de una “duración inicial”, lo cual necesariamente significa la previsión de prórrogas del contrato, como también la estipulación de una fórmula de reajuste anual ante las nuevas vigencias del contrato.

Dentro de las pruebas que obran en el proceso, se adjuntó el Contrato con sus anexos⁵¹ y como se mencionó líneas atrás, su existencia no está en discusión, por lo que el Tribunal acudirá al texto del mismo para efectos de validar el conteo del término de la vigencia contractual inicial efectuada por las partes.

Así del Contrato se deduce que su vigencia está comprendida entre el día 26 de julio de 2013, fecha de suscripción del mismo, hasta la finalización del mes doce contado desde la fecha del acta de inicio de explotación comercial, formalizada el 25 de octubre de 2013⁵², lo cual ampara un término de vigencia superior a 12 meses, porque el inicio de explotación comercial no fue inmediato y subsiguiente a la celebración del contrato, así entendido y con base en la información

⁵¹ Folios 1 a 36 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵² Folio 28 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Acta de Inicio.

aportada por la demanda, la vigencia inicial del contrato va desde el 26 de julio de 2013 hasta el 25 de octubre de 2014.

Quedó igualmente demostrado, que dentro de la cláusula del plazo las partes acordaron prórroga automática así: *"El contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio"*.

Esta norma del Código de Comercio prevé que en los casos previstos en los numerales 2º y 3º⁵³ del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente.

En el presente asunto justamente OPAIN no ha desahuciado a INVERSIONES en los términos de ley, de manera que el Contrato se ha prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial, en los términos del artículo 520 del Código de Comercio.

En consecuencia, queda descartada la configuración de la causal de terminación por vencimiento del plazo alegada por la convocante.

Como se señaló líneas atrás, la vigencia inicial del contrato se cuenta desde el 26 de julio de 2013 hasta el 25 de octubre de 2014 y el mismo se ha prorrogado sucesivamente hasta la fecha.

⁵³ 2º "Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario" y 3º "Cuando el inmueble deba ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolición por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva".

Sin embargo OPAIN en su entendimiento de que el contrato estaba próximo a vencer, emprendió acciones las cuáles pueden clasificarse en dos sentidos, las primeras orientadas a la continuidad de la relación; pues remitió comunicación en mayo de 2014 invitando a negociar una ampliación del plazo y la fijación conjunta de nuevas condiciones mediante la celebración de otro sí⁵⁴ y más recientemente en julio de 2017 remitió una comunicación presentando una propuesta para la suscripción de un nuevo contrato con nuevas condiciones⁵⁵ y la segunda, en julio de 2014 encaminada a la terminación del contrato y restitución del inmueble.⁵⁶

Por parte de INVERSIONES, sus acciones son: de oposición al desahucio y restitución del inmueble, por ser contrario a lo pactado en el contrato⁵⁷ y de negativa a la celebración de un nuevo contrato por considerar que no es necesario en virtud del derecho a la prórroga automática que tiene sobre el vigente⁵⁸.

Pese a este conflicto entre las partes, la ejecución contractual continuó. Sobre este punto el apoderado de INVERSIONES en la diligencia de interrogatorio de la representante legal de OPAIN, DIANA PATRICIAL BERNAL preguntó:

¿... Por favor ilústrele al Tribunal si existiendo esta cláusula 3.02 Opain es consciente que la fecha de hoy 26 de marzo de 2019 además de la vigencia inicial ya se ha prorrogado el presente contrato de manera automática en cuatro oportunidades?

⁵⁴ Folio 38 Cuaderno de Pruebas No.1. Comunicación del 21 de mayo de 2014 dirigida por OPAIN a INVERSIONES.

⁵⁵ Folio 42 Cuaderno de Pruebas No. 1. Comunicación del 11 de julio de 2017 dirigida por OPAIN a INVERSIONES.

⁵⁶ Folio 40 Cuaderno de Pruebas No. 1. Comunicación del 2 de julio de 2014 dirigida por OPAIN a INVERSIONES. Mal fechada en 26 de febrero de 2013.

⁵⁷ Folio 41 Cuaderno de Pruebas No.1. Comunicación del 22 de julio de 2014 dirigida por INVERSIONES a OPAIN.

⁵⁸ Folio 43 Cuaderno de Pruebas No.1. Comunicación del 6 de julio de 2017.

La doctora Bernal respondió:

“No. Desafortunadamente en este caso tenemos una interpretación distinta. Nosotros pactamos esta cláusula derivada de una negociación muy complicada que tuvimos para que pudieran trasladarse del antiguo terminal al nuevo que como se evidencia en el acta de conciliación y básicamente entendimos aplicable esta cláusula hasta que fue proferido el laudo de 2015 que posteriormente fue objeto de recurso de anulación en el Consejo de Estado y que tuvo auto en el 2016.

...Básicamente eso hace parte de la pretensión de declaración de este Tribunal y entendemos que lo que tuvimos fue prórrogas de facto que se han venido dando con posterioridad a la terminación del mismo, no prórroga automática”. (se subraya)

Más adelante en su declaración dijo:

“Básicamente como consta en el expediente, en la demanda y en todos los documentos que ustedes tienen se presentó el desahucio pero esa opción no tuvo ningún tipo de respuesta, no hubo restitución efectiva del inmueble y por ende como me he referido desde el comienzo del interrogatorio lo que entendemos que ha venido operando es una prórroga de facto y pues básicamente bajo este entendido es que nosotros hemos insistido en volver a negociar con ustedes, hemos insistido en poder ajustar la relación comercial y no hemos tenido ningún efecto, entonces en este caso reitero entendemos que es una prórroga de facto”. (se subraya).

De manera pues, que de las comunicaciones cruzadas, tampoco se evidencia acuerdo alguno entre las partes en relación con la terminación del contrato.

La posición unívoca de la Demandada ha sido alegar la protección legal que le brinda la ley comercial en el sentido de que ante el cumplimiento de las obligaciones contractuales y el desarrollo de una actividad comercial en el inmueble, tiene derecho a la prórroga automática del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de que sea un bien de propiedad del Estado, y esto se traduce en que ante su negativa de aceptar el ajuste de condiciones, el contrato sigue prorrogado en las mismas condiciones y por el término del contrato inicial.

El argumento bandera del apoderado de OPAIN en este proceso, es que la jurisprudencia generada por el Consejo de Estado con posterioridad a la celebración del nuevo contrato de arrendamiento, prohíbe estipular la prórroga automática del contrato de arrendamiento en los términos contemplados por el Código de Comercio, cuando el contrato verse sobre un inmueble de propiedad del Estado, aspecto sobre el cual ya el Tribunal se pronunció en el acápite anterior, negando la respectiva pretensión.

Por lo dicho hasta el momento, el Tribunal encuentra que en el proceso no se demostró la configuración de la causal de vencimiento del término, lo que conlleva a negar la PRETENSIÓN PRINCIPAL (2º) en su literal a). Así mismo prospera la excepción que el Demandado denominó *"1. Fue y ha sido en todo momento la voluntad de las partes celebrar un contrato de arrendamiento regido por las normas del derecho privado con la expresa manifestación de la prórroga automática"*.

b. Incumplimiento de obligaciones

El artículo 167 del CGP relativo a la carga de la prueba señala: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen”*.

Lo anterior significa que, en materia probatoria, por regla general, salvo por la carga dinámica de la prueba, es la parte que alega unos hechos quien debe probarlos para obtener el derecho. Este es un aforismo clásico de derecho procesal: *“onus probandi incumbit actori”* (la carga de la prueba incumbe al actor).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de fecha 15 de enero de 2010, rad. 1998-00181-01, al referirse a la «carga procesal de afirmación de los hechos del litigio», la cual, no obstante ser anterior al Código General del Proceso por su claridad y aplicación aún en la regulación actual, se cita:

“No obstante el ensanchamiento que esa noción tiene en la actualidad, lo cierto es que su génesis está ligada al concepto de carga procesal, conforme al cual incumbe al sujeto agotar dentro del proceso una conducta determinada con miras a alcanzar un fin; y dentro de las múltiples y muy variadas cargas que recaen sobre las partes, cabe destacar ahora la concerniente con la afirmación de los hechos litigiosos, vale decir, de aquellos que de alguna manera constituyen el fundamento de sus pedimentos y excepciones; desde luego que, en línea de principio, esos supuestos fácticos han de ser aducidos por aquellas en las oportunidades y condiciones que el ordenamiento prescribe. Así, es tangible que en tratándose del demandante, esa carga recae sobre él con mayor rigor y estrictez en la medida en que, de un lado, la exteriorización de los supuestos fácticos que fundamentan sus pedimentos es labor que de manera exclusiva se le confía, de modo que muy poco espacio queda para la intervención oficiosa

del juez, la cual se reduce, para decirlo abiertamente, a aquellos eventos, excepcionales por cierto, en los que le es dado pronunciarse sin alegación previa de aquél, como acontece v. gr., en el caso de la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos (...) De otro lado, porque la alegación de los hechos que apuntalan sus pretensiones no sólo debe hacerse en las oportunidades específica y rigurosamente señaladas en el estatuto procesal, concretamente en la demanda y su reforma (y de ser el caso, en los incidentes que se adelanten en el proceso), sino, también, porque restringen de tal modo la actividad procesal que demarcan el ámbito de atribuciones del juzgador, así como el contorno de la oposición del demandado (...)".

En el presente caso, dentro de las pruebas que obran en el proceso, esto es, documentales, interrogatorios y testimonio, no se acreditó ningún incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte de INVERSIONES, ni de las obligaciones legales, ni de las obligaciones contractuales.

Por el contrario, en la diligencia de interrogatorio la representante legal de OPAIN, doctora Diana Bernal respondió ante la pregunta del apoderado de la convocada relativa a los "demás incumplimientos" lo siguiente:

"SRA BERNAL. Buenos días, básicamente la pretensión principal número 2 como usted muy bien lo dice consta de dos partes, en primer lugar hace referencia al vencimiento del plazo y en segundo lugar dice expresamente al incumplimiento de otras obligaciones contractuales o legales por parte del arrendatario que se prueben durante el transcurso del proceso básicamente nosotros no estamos haciendo uso en este caso de una causal específica de incumplimiento contractual para nosotros operó la terminación del vencimiento del plazo.

Entendería que se entiende como un incumplimiento la no restitución en el plazo estipulado y pues básicamente no tenemos causales adicionales identificadas salvo que llegara a probarse alguna en el proceso.” (Se subraya)

En la siguiente pregunta relativa a si OPAIN había hecho uso de mecanismo de notificación de presuntos incumplimientos, respondió lo siguiente:

SRA. BERNAL: Como manifesté en la pregunta y respuesta anteriores el único incumplimiento del cual hemos podido predicar es la no restitución por notificación de terminación, caso en el cual no operan estas figuras sino que tienen un procedimiento específico en el contrato y es que una vez se dé por terminado el contrato se tiene que de la restitución del mismo en los término señalados en el contrato, yo no puedo aplicar una cláusula de cura cuando entiendo que el contrato está terminado y no lo pueden restituir.

Entonces básicamente no, pero porque para la restitución no opera este tipo de cláusulas.” (Se subraya).

También en la diligencia de declaración del testigo Carlos Duarte, Director Jurídico de OPAIN el apoderado de la convocada lo interrogó acerca de notificaciones de incumplimientos y éste respondió:

“DR. DEL HIERRO. Aquí voy a recurrir a su memoria y me excusa ¿usted se acuerda si a inversiones FL le han iniciado alguna notificación de este estilo por un supuesto incumplimiento del contrato?

SR. DUARTE. *Que yo recuerde no.*

DR. DEL HIERRO. *¿Sabe usted si Inversiones FL ha incumplido alguna de las obligaciones legales o contractuales del contrato?*

SR. DUARTE. *Que yo recuerde no*". (se subraya).

Así las cosas, el Tribunal no encontró probada causal alguna de incumplimiento, cuya carga radicaba en la Demandante, razón suficiente para denegar la PRETENSIÓN PRINCIPAL (2º) en su literal b) y como consecuencia de ésta declaratoria no hay necesidad de hacer pronunciamiento alguno frente a las excepciones denominadas: "*La convocada ha cumplido con todas las obligaciones legales y contractuales*" y "*Condición Suspensiva*".

Sumado a lo anterior, como el contrato no ha terminado, no hay lugar a la restitución del inmueble y en consecuencia se declarará probada la excepción: "*4. Inexistencia de la obligación de restituir*".

Por último, el Tribunal se refiere a la PRETENSIÓN PRINCIPAL (1º) que se analiza con posterioridad a la segunda, por cuanto es residual, es decir, que descartadas las dos causales específicas de terminación (vencimiento del plazo e incumplimiento de obligaciones), cabe revisar si existe alguna otra que tenga la misma vocación.

En este orden de ideas, como ya se indicó al analizar el punto del vencimiento del plazo, no se probó en el proceso la configuración de alguno de los eventos que den lugar a la terminación del contrato. Razón por la cual, dicha pretensión también se negará por falta de prueba.

De lo dicho hasta el momento, es viable responder el segundo problema jurídico planteado por el Tribunal afirmando que no se configuró ninguna causal legal o contractual que dé lugar a declarar la terminación del contrato de arrendamiento del local comercial celebrado entre las partes, motivo por el cual se negarán las pretensiones PRINCIPAL (1º) y PRINCIPAL (2º) literales a) y b) y se declarará la prosperidad de las excepciones denominadas: *"1. Fue y ha sido en todo momento la voluntad de las partes celebrar un contrato de arrendamiento regido por las normas del derecho privado con la expresa manifestación de la prórroga automática"* y *"4. Inexistencia de la obligación de restituir"*.

3.3. Las demás pretensiones de la demanda

Finalmente agrupa el Tribunal las pretensiones quinta, sexta, séptima y octava de la demanda, toda vez que se trata de unas solicitudes especiales que formula el demandante y que dicho sea de paso, no guardan relación con los problemas jurídicos sustanciales planteados por el Tribunal.

3.3.1. Pretensiones principales (5º) (6ª) (7ª) y (8º)

"PRETENSION PRINCIPAL (5º): Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 384 NUMERAL 7 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO, se sirva ordenar la diligencia para el secuestro previo de los bienes de propiedad de INVERSIONES F L LTDA que se encuentren en el predio cuya restitución se solicita. Respetuosamente solicito al Tribunal, se sirva fijar caución y fecha para la diligencia."

PRETENSION PRINCIPAL (6º) Que no se escuche al demandado INVERSIONES F L LTDA durante el transcurso del proceso, mientras

no consignen el valor de los cánones pactados por el arrendamiento del bien objeto de ésta demanda.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (7ª) Se ordene la práctica de la diligencia de entrega del inmueble arrendado a favor de SOCIEDAD CONCESIONARIA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. – OPAIN S.A. de conformidad con el ARTICULO 308 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (8ª) Se condene a los demandados a pagar al demandante por concepto de honorarios de abogado y gastos de defensa, una suma equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) de las pretensiones de la convocatoria”.

3.3.2. La posición de la Demandante

Se echa de menos argumentos planteados por la Demandante en sus respectivos escritos que sustenten estas peticiones.

3.3.3. La posición de la Demandada

En el escrito de contestación el apoderado de la convocada se opone a la prosperidad de estas pretensiones argumentando, en primer lugar, que el artículo 384 del CGP numeral 7 permite el secuestro previo únicamente cuando se esté persiguiendo asegurar el pago de cánones de arrendamiento, o cualquier otra prestación económica derivada del contrato o del reconocimiento de indemnizaciones y que en el presente caso no se está pidiendo el reconocimiento de cánones adeudados, toda vez que la convocada se encuentra al día en el pago de los mismos.

En cuanto a la práctica de la diligencia de la entrega del inmueble, afirma que no está llamada a prosperar en la medida en que el contrato está vigente, y no se ha presentado ninguna causal para darlo por terminado que de origen a la obligación de restituir.

Finalmente, frente a la pretensión relativa al pago de los honorarios de abogado y gastos de defensa, la califica de “exótica” y argumenta que no está llamada a prosperar porque se estaría condenando dos veces por el mismo concepto, siendo lo permitido la condena en costas y agencias en derecho.

3.3.4. Consideraciones del Tribunal

El numeral 4 del artículo 384 del CGP, invocado en el pretensión sexta de la demanda, antes transcrita, reza:

“4. Contestación, mejoras y consignación. Cuando el demandado alegue mejoras, deberá hacerlo en la contestación de la demanda, y se tramitará como excepción.

Si la demanda se fundamenta en falta de pago de la renta o de servicios públicos, cuotas de administración u otros conceptos a que esté obligado el demandado en virtud del contrato, este no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones y los demás conceptos adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador, correspondientes a los tres (3) últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquel (...).”

El numeral 7 del artículo 384 del CGP, invocado en el pretensión quinta de la demanda, señala:

“7. Embargos y secuestros. En todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento, el demandante podrá pedir, desde la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso, la práctica de embargos y secuestros sobre bienes del demandado, con el fin de asegurar el pago de los cánones de arrendamiento adeudados o que se llegaren a adeudar, de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar y de las costas procesales. (...)” (se subraya).

El artículo 308 del CGP, fundamento de la pretensión séptima de la demanda, dice:

“ARTÍCULO 308. ENTREGA DE BIENES. Para la entrega de bienes se observarán las siguientes reglas:

1. Corresponde al juez que haya conocido del proceso en primera instancia hacer la entrega ordenada en la sentencia, de los inmuebles y de los muebles que puedan ser habidos. Si la diligencia de entrega se solicita dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o a la notificación del auto de obediencia al superior, el auto que disponga su realización se notificará por estado; si la solicitud se formula después de vencido dicho término, el auto que la ordene deberá notificarse por aviso. (...)”.

Sea lo primero mencionar, que el presente proceso se trata de un trámite arbitral, de naturaleza eminentemente declarativo, especial y completamente diferente al proceso de restitución de inmueble regulado en el artículo 384 del CGP; razón por la cual, varias de las estipulaciones contenidas en dicho artículo riñen con la naturaleza del trámite arbitral, como ocurre con el numeral 4 del artículo 384 del CGP.

En este numeral, en gracia de discusión, si el tema del pago de los cánones estuviera en controversia, no existe la posibilidad de no escuchar al demandado; pues el arbitraje tiene su propio procedimiento y un evento de estos no está previsto en el trámite.

En cuanto al numeral 7, claramente no tiene aplicación pues en el presente caso no se persigue el pago de cánones adeudados, ni de ninguna pretensión económica, como se evidencia del acápite de la demanda denominado "JURAMENTO ESTIMATORIO".

Por las razones anteriores, no procede lo que el demandante llamó las PRETENSIONES PRINCIPALES (5º) y (6ª).

En relación con PRETENSIÓN PRINCIPAL (7ª), el Tribunal advierte que ésta es consecuencial de la pretensión cuarta de restitución que no prosperó, por lo que ésta ha de negarse.

Finalmente, la PRETENSION PRINCIPAL (8º) de la demanda relativa la pago de los honorarios de abogado y gastos de defensa, no es procedente, porque va encaminada a la declaratoria de las mismas condenas que busca la PRETENSION PRINCIPAL (9º) novena de costas. Como quiera que el ordenamiento procesal, en el artículo 361 expresamente señala que las costas están integradas por "*la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el*

curso del proceso y por las agencias en derecho” y que justamente estas últimas contienen los honorarios del abogado, la PRETENSIÓN PRINCIPAL (8ª) se negará por improcedente.

3.4. Las demás excepciones

Como del análisis hasta este punto efectuado ya existe fundamento suficiente para negar todas las pretensiones de la demanda y declarar la prosperidad de las excepciones 1º, 4º, 9º y 12º planteadas en la contestación, no se requiere un pronunciamiento expreso de las demás excepciones propuestas por la Demandada denominadas *“FRENTE AL COMPORTAMIENTO DE OPAIN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: 5. Venire contra factum proprium non valet. Es inadmisibile actuar contra los actos propios, 6. El contrato entre Opain y la convocada están validamente celebrados y son vinculantes, 7. Violación al debido proceso y al derecho de defensa y 8. Mala fé, temeridad y abuso del derecho por parte de Opain”; “EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORÍA QUE LA CLÁUSULA DE PRÓRROGA AUTOMÁTICA ES UNA CLÁUSULA ILEGAL POR CONTRARIAR UN PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: 10. La posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la no aplicación de la prórroga automática de los contratos estatales de arrendamiento es anterior a la firma del contrato que nos ocupa en este Tribunal y por tanto no es de recibo la afirmación de Opain de que estamos frente a una cláusula ilegal y que misma sea sobreviniente, 11. Rigurosidad en el análisis del precedente jurisprudencial frente a dejar sin efectos normas imperativas de orden público”.*

VI. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Si bien el apoderado de OPAIN incluyó dentro de la demanda un acápite denominado “Juramento Estimatorio”, del contenido de las pretensiones y del

texto mismo de dicho capítulo, se concluye que en el presente proceso, ninguna pretensión perseguía el *“reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* en los términos del artículo 206 del CGP.

Razón suficiente para relevar a la Demandada de la carga impuesta por el ordenamiento procesal en este sentido.

VII. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que la parte Demandante resultó vencida en el proceso, el Tribunal condenará a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A OPAIN S.A. en costas a asumir el valor todos de los honorarios y gastos del presente Tribunal y como quiera que la Demandante pagó el 100% de los costos del Tribunal no habrá lugar a reembolso alguno por parte de INVERSIONES F.L. LTDA por este concepto.

En lo que respecta a las agencias en derecho el Tribunal fijará por concepto de agencias en derecho un valor equivalente a los honorarios de un árbitro, esto es OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTIDÓS PESOS M/C (\$8.869.122).

En consecuencia, el valor total de las agencias en derecho que deberá pagar la parte demandada, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo, es de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTIDÓS PESOS M/C (\$8.869.122).

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAIN S.A.**, como parte demandante, e **INVERSIONES F L LTDA** como parte demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la prosperidad de la excepciones denominadas: *"1. Fue y ha sido en todo momento la voluntad de las partes celebrar un contrato de arrendamiento regido por las normas del derecho privado con la expresa manifestación de la prórroga automática", "4. Inexistencia de la obligación de restituir". "9. Los precedentes jurisprudenciales planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual." y "12. El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, el deber de planeación de hacienda pública, de gestión de los bienes del estado y del servicio público, se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y Opain y no en el contrato de arrendamiento entre Opain y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión".*

SEGUNDO: Negar todas las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar a la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAIN S.A.** a pagar a favor de

INVERSIONES F L LTDA identificada con el Nit. 830.098.579-4, la suma de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTIDÓS PESOS M/C (\$8.869.122) por concepto de costas y agencias en derecho, en un término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia.

CUARTO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

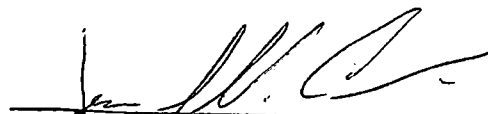
QUINTO: Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de Ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.



LAURA MARCELA RUEDA ORDÓÑEZ

Presidente



JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

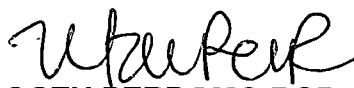
Árbitro

TRIBUNAL ARBITRAL SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL
S.A. - OPAIN S.A., CONTRA INVERSIONES F L LTDA



GONZALO MÉNDEZ MORALES

Árbitro



MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ

Secretaria

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| I. ANTECEDENTES..... | 2 |
| 1. EL CONTRATO..... | 2 |
| 2. EL PACTO ARBITRAL..... | 3 |
| 3. PARTES PROCESALES..... | 4 |
| 3.1. PARTE DEMANDANTE..... | 4 |
| 3.2. PARTE DEMANDADA | 4 |
| 4. ETAPA INICIAL..... | 5 |
| II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE..... | 7 |
| 1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL..... | 7 |
| 2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE | 10 |
| 3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA | 12 |
| III. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN..... | 14 |
| 1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE | 14 |
| 2. ETAPA PROBATORIA..... | 15 |
| 3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN..... | 16 |
| IV. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO..... | 16 |
| V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL | 17 |
| 1. LA CONTROVERSIA A RESOLVER | 17 |
| 2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES..... | 18 |
| 3. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y SUS CORRESPONDIENTES EXCEPCIONES | 30 |
| VI. EL JURAMENTO ESTIMATORIO | 93 |

VII. COSTAS..... 94

VIII. PARTE RESOLUTIVA 95